حاشية
رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار: شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه: تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف
وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الثالث

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
عباس ومحمد محمود الحلبي وشركاهم - خلفاء

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

ليس لنا عبادة شرعت من عهد آدم إلى الآن ثم تستمر فى الجنة إلا النكاح والإيمان .

(هو) عند الفقهاء (عقد يفيد ملك المتعة) أى حل استمتاع الرجل

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

ذكره عقب العبادات الأربع أركان الدين ، لأنه بالنسبة إليها كالبسيط إلى المركب ،لأنه عبادة من وجه معاملة من وجه . وقدمه على الجهادوإن اشتركا فى أن كلا منهما سبب لوجود المسلم والإسلام ،لأن مايحصل بأنكحة أفراد المسلمين أضعاف مايحصل بالقتال ، فإن الغالب فى الجهاد حصول القتل والذمة على أن فى كونه سببا لوجود المسلم تسامحا نظرا إلى أن تجدد الصفة بمنزلة تجدد الذات ، وكذا على العتق والوقف والأضحية وإن كانت عبادات أيضا لأنه أقرب إلى الأركان الأربع ؛حتى قالوا إن الاشتغال به أفضل من التخلى لنوافل العبادات أى الاشتغال به ومايشتمل عليه من القيام بمصالحه وإعفاف النفس عن الحرام وتربية الولد ونحو ذلك(قوله ليس لنا عبادة الخ) كذا فى الأشباه وفيه نظر أما أولا فإن كونه عبادة فى الدنيا إنما هو لكونه سببا لكثرة المسلمين ، ولما فيه من الإعفاف ونحوه مما ذكرناه وهذا مفقود فى الجنة ،بل ورد «أن أهل الجنة لايكون لهم فيها ولد » لكن ورد فى حديث آخر «المؤمن إذا اشتهى الولد فى الجنة كان حمله ووضعه وسنه فى ساعة واحدة كما يشتهى » وهذا أولى لقول الترمذى إنه حديث حسن غريب . وأما ثانيا فلأن الذكر والشكر فى الجنة أكثر منهما فى الدنيا ، لأن حال العبد يصير كحال الملائكة الذين يسبحون الليل والنهار لايفترون غايته أن هذه العبادة ليست بتكليف بل هى مقتضى الطبع ؛لأن خدمة الملوك لذة وشرف، وتزداد بالقرب، وتمامه فى حاشية الحموى على الأشباه (قوله عقد) العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما أعنى متولى الطرفين بحر ، وفيه كلام يأتى (قوله أى حل استمتاع الرجل) أى المراد أنه عقد يفيد حكمه بحسب الوضع الشرعى . وفى البدائع أن من أحكامه ملك المتعة وهو اختصاص

من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي فخرج الذكر والخنثى المشكل والوثنية لجواز ذكورته

الزوج بمنافع بضعها وسائر أعضائها استمتاعا أو ملك الذات والنفس في حق التمتع على اختلاف مشايخنا في ذلك اه . بحر . وعزا الدبوسي المعنى الأول إلى الشافعي ، لكن كلام المصنف كالكنز صريح في اختياره . على أن الظاهر كما في النهر أن الخلف لفظي ، لقول الدبوسي إن هذا الملك ليس حقيقيا بل في حكمه في حق تحليل الوطء دون ماسواه من الأحكام التي لاتتصل بحق الزوجية اه . فعلى القول الذي عزاه الدبوسي إلى أصحابنا من أنه ملك الذات ليس ملكا للذات حقيقة بل ملك التمتع بها : أي اختصاص الزوج به كما عبر به في البدائع ، وهو المراد من القول بأنه ملك المتعة ، وبه ظهر أن تفسير الملك هنا بالاختصاص كما عبر به في البدائع أولى من تفسيره بالحل تبعا للبحر ، لأن الاختصاص أقرب إلى معنى الملك لأن الملك نوع منه بخلاف الحل لأنه لازم لملك المتعة وهو لازم لاختصاصها بالزوج شرعا أيضا على أن ملك كل شيء بحسبه ، فملك الزوج المتعة بالعقد ملك شرعي كملك المستأجر المنفعة بمن استأجره للخدمة مثلا ولا يرد عليه قوله في البحر : إن المراد بالملك الحل لا الملك الشرعي لأن المنكوحة لو وطئت بشبهة فمهرها لها ولو ملك الانتفاع ببضعها حقيقة لكان بدله له اه . لأن ملكه الانتفاع بالبضع حقيقة لايستلزم ملكه البدل وإنما يستلزمه ملك نفس البضع كما لو وطئت أمته فإن العقد له لملكه نفس البضع بخلاف الزوج فافهم .

[تنبيه] كلام الشارح والبدائع يشير إلى أن الحق في التمتع للرجل لا للمرأة كما ذكره السيد أبو السعود في حواشي مسكين قال : يتفرع عليه ما ذكره الإبياري شارح الكنز في شرحه للجامع الصغير في شرح قوله عليه الصلاة والسلام « احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ماملكت يمينك » من أن للزوج أن ينظر إلى فرج زوجته وحلقة دبرها ، بخلافها حيث لاتنظر إليه إذا منعها من النظر اه ونقله ط وأقره والظاهر أن المراد ليس لها إجبار على ذلك لا بمعنى أنه لا يحل لها إذا منعها منه لأن من أحكام النكاح حل استمتاع كل منهما بالآخر . نعم له وطؤها جبرا إذا امتنعت بلا مانع شرعي وليس لها إجباره على الوطء بعد ما وطئها مرة وإن وجب عليه ديانة أحيانا على ما سيأتي تأمل (قوله من امرأة الخ) من ابتدائية والأولى أن يقول بامرأة والمراد بها المحققة أنوثتها بقرينة الاحتراز بها عن الخنثى ، وهذا بيان لمحلية العقد قال في البحر بعد نقله عن الفتح أن محليته الأنثى ، والأولى أن يقال : إن محليته أنثى محققة من بنات آدم ليست من المحرمات وفي العناية محله امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي فخرج الذكر للذكر والخنثى مطلقا والجنية للإنسي ، وماكان من النساء محرما على التأبيد كالمحارم اه وبه ظهر أن المراد بالنكاح في قوله لم يمنع من نكاحها العقد لا الوطء ، لأن المراد بيان محلية العقد ، ولذا احترز بالمانع الشرعي عن المحارم ، فالمراد منه المحرمية بنسب أو سبب كالمصاهرة والرضاع ، وأما نحو الحيض والنفاس والاحرام والظهار قبل التكفير فهو مانع من حل الوطء لا من محلية العقد فافهم (قوله فخرج الذكر والخنثى المشكل) أي أن إيراد العقد عليهما لا يفيد ملك استمتاع الرجل بهما لعدم محليتهما له ، وكذا على الخنثى لامرأة أو لمثله ، ففي البحر عن الزيلعي في كتاب الخنثى : لو زوجه أبوه أو مولاه امرأة أو رجلا لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله أنه رجل أو امرأة فإذا ظهر أنه خلاف ما زوج به تبين أن العقد كان صحيحا ، وإلا فباطل لعدم مصادفة المحل ، وكذا إذا زوج خنثى من خنثى آخر لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر أن أحدهما ذكر والآخر أنثى اه فلو قال الشارح والخنثى المشكل مطلقا لشمل الصور الثلاث لكنه اقتصر على إفادة بعض أحكامه وليس فيه إجمال فافهم (قوله والوثنية) ساقط من بعض النسخ ووجد في بعضها قبل قوله والخنثى والأولى ذكرها بعده لخروجها بالمانع الشرعي وعبر بها تبعا لتعبير المصنف في فصل المحرمات الأولى التعبير بالمشركة كما عبر به الشارح

والمحارم والجنية وإنسان الماء لاختلاف الجنس وأجاز الحسن نكاح الجنية بشهود قنية (قصدا) خرج مايفيد الحل ضمنا ، كشراء أمة للتسرى (و) عند أهل الأصول واللغة (هو حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد) فحيث جاء فى الكتاب أو السنة مجردا عن القرائن يراد به الوطء كما فى — ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء — فتحرم مزنية الأب على الابن بخلاف — حتى تنكح زوجا غيره —

هناك (قوله والمحارم) هذا خارج بالمانع الشرعى أيضا وكذا قوله والجنية وإنسان الماء بقرينة التعليل باختلاف الجنس لأن قوله تعالى — والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا — بين المراد من قوله — فانكحوا ما طاب لكم من النساء — وهو الأنثى من بنات آدم فلا يثبت حل غيرها بلا دليل ولأن الجن يتشكلون بصور شتى فقد يكون ذكرا تشكل بشكل أنثى وما قيل من أن من سأل عن جواز التزوج بها يصفع لجهله وحماقته لعدم تصور ذلك بعيد لأن التصور ممكن لأن تشكلهم ثابت بالأحاديث والآثار والحكايات الكثيرة ولذا ثبت النهى عن قتل بعض الحيات كما مر فى مكروهات الصلاة على أن عدم تصور ذلك لا يدل على حماقة السائل كما قاله فى الأشباه وقال ألا ترى أن أبا الليث ذكر فى فتاويه أن الكفار لو تترسوا بنبى من الأنبياء هل يرمى فقال يسئل ذلك النبى ولا يتصور ذلك بعد رسولنا صلى الله عليه وسلم . ولكن أجاب على تقدير التصور كذا هذا اه وتمام ذلك فى رسالتنا المسماة [سل الحسام الهندى لنصرة سيدنا خالد النقشبندى] .

[تنبيه] فى الأشباه عن السراجية : لا تجوز المناكحة بين بنى آدم والجن وإنسان الماء لاختلاف الجنس اه ومفاد المفاعلة أنه لا يجوز للجنى أن يتزوج إنسية أيضا وهو مفاد التعليل أيضا (قوله وأجاز الحسن) أى البصرى رضى الله عنه كما فى البحر والأولى التقييد به لا خراج الحسن بن زياد تلميذ الإمام رضى الله عنه لأنه يتوهم من إطلاقه هنا أنه رواية فى المذهب ، وليس كذلك ط لكنه نقل بعده عن شرح الملتقى عن زواهر الجواهر الأصح أنه لايصح نكاح آدمى جنية ، كعكسه لاختلاف الجنس فكانوا كبقية الحيوانات اه ويحتمل أن يكون مقابل الأصح قول الحسن المذكور تأمل (قوله قصدا) حال من ضمير يفيد ووقوع المصدر حالا وإن كثر سماعى ط (قوله كشراء أمة) فإن المقصود فيه ملك الرقبة وحل الاستمتاع ضمنى ، ولذا تخلف فى شراء المحرمة نسبا أو رضاعا أو اشتراكا ح (قوله للتسرى) خصه بالذكر لأنه لو اشتراها لاللتسرى كان حل الاستمتاع ضمنيا بالأولى ولو قال ولو التسرى لكان أظهر وكلام البحر يدل عليه حيث قال : وملك المتعة ثابت ضمنا وإن قصده المشترى ح (قوله وعند أهل الأصول واللغة الخ) حاصله : إن ما قدمه المصنف معنى عرفى للفقهاء وما ذكره معناه شرعا ولغة لأن أهل الأصول يبحثون عن معنى النصوص الشرعية ، فلا تنافى بين كلامى المصنف قال فى البحر قد تساوى فى هذا المعنى اللغة والشرع ، أفاده ط (قوله مجاز فى العقد) وقيل بالعكس ونسبه الأصوليون إلى الشافعى رضى الله عنه وقيل مشترك لفظى فيهما وقيل موضع للضم الصادق بالعقد والوطء ، فهو مشترك معنوى وبه صرح مشايخنا أيضا بحر اه ح والصحيح أنه حقيقة فى الوطء كما فى شرح التحرير (قوله مجردا عن القرائن) أى محتملا للمعنى الحقيقى والمجازى بلا مرجح خارج وقوله : يراد الوطء أى لأن المجاز خلف عن الحقيقة فتترجح عليه فى نفسها (قوله فتحرم مزنية الأب على الابن) أى على فروعه فتكون حرمتها عليهم ثابتة بالنص ، وأما حرمة التى عقد عليها عقدا صحيحا عليهم ، فبالاجماع ولو قال لزوجته إن نكحتك فأنت طالق تعلق بالوطء ، وكذا لو أبانها قبل الوطء ثم تزوجها تطلق به لا بالعقد بخلاف الأجنبية فيتعلق بالعقد ، لأن وطأها لما حرم عليه شرعا كانت الحقيقة مهجورة فتعين المجاز كذا فى البحر والتحرير وشرحه (قوله بخلاف) حال من ما الموصولة فى قوله كما وقال

لإسناده إليها والمتصور منها العقد لاالوطء إلا مجازا (ويكون واجبا عند التوقان) فإن تيقن الزنا إلا به فرض نهاية وهذا إن ملك المهر والنفقة وإلا فلا إثم بتركه بدائع

ح من ولا تنكحوا أى حال كونه مخالفا لقوله تعالى — حتى تنكح — حيث لم يرد به الوطء بل أريد العقد لعدم تجرده عن القرائن بل وجدت فيه قرينة ، وهى استحالة الوطء منها لأن الوطء فعل وهى منفعلة لا فاعلة وهو معنى قوله والمتصور الخ (قوله لاسناده إليها) علة لما استفيد من المقام من أن المراد العقد ، وأما اشتراط وطء المحلل فمأخوذ من حديث العسيلة ط (قوله إلا مجازا) قد يقال إذا كان لا انفكاك عن المجاز على التقديرين فما المرجح لأحدهما على الآخر اه ح يعنى أنه إن أريد بالنكاح فى الآية الوطء كان مجازا عقليا لعدم تصور الفعل منها وإن أريد به العقد كان مجازا لغويا لأنه حقيقة الوطء فحمل الآية على أحدهما ترجيح بلا مرجح بل قد يقال إن حملها على الوطء أنسب بالواقع ، فإن المطلقة ثلاثا لا تحل بدون وطء المحلل . اللهم إلا أن يقال المرجح كثرة الاستعمال ط .

أقول : الظاهر أنه لا مانع هنا من إرادة كل منهما لكن لما كان النزاع فى أن النكاح حقيقة فى الوطء أو فى العقد وكان الراجح عندنا الأول قالوا إنه فى هذه الآية مجاز لغوى بمعنى العقد لكونه أصرح فى الرد على القائل بأنه حقيقة فيه ، ولو قيل إنه مجاز عقلى فى الإسناد لصح أيضا ، كما يصح فى قولك جرى النهر أن تجعله من المجاز فى الإسناد ولكن المشهور أنه مجاز لغوى بعلاقة الحالية والمحلية على أنه ليس فى كلام الشارح مايمنع ذلك لأن قوله : والمتصور منها العقد لاالوطء إلا مجازا يمكن حمله أيضا على أنه مجاز فى الإسناد بقرينة قوله لإسناده إليها أى أنه من إسناد الشىء إلى غير من هو له وقوله والمتصور الخ بيان لكون إسناده إليها غير حقيقى فافهم (قوله عند التوقان) مصدر تاقت نفسه إلى كذا إذا اشتاقت من باب طلب بحر عن المغرب وهو بالفتحات الثلاث كالميلان والسيلان والمراد شدة الاشتياق كما فى الزيلعى : أى بحيث يخاف الوقوع فى الزنا لو لم يتزوج إذ لايلزم من الاشتياق إلى الجماع الخوف المذكور بحر .

قلت : وكذا فيما يظهر لو كان لايمكنه منع نفسه عن النظر المحرم أو عن الاستمناء بالكف ، فيجب التزوج وإن لم يخف الوقوع فى الزنا (قوله فإن تيقن الزنا إلا به فرض) أى بأن كان لايمكنه الاحتراز عن الزنا إلا به لأن مالا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به يكون فرضا بحر ، وفيه نظر إذ الترك قد يكون بغير النكاح وهو التسرى ، وحينئذ فلا يلزم وجوبه إلا لو فرضنا المسألة بأنه ليس قادرا عليه نهر لكن قوله : لايمكنه الاحتراز عنه إلا به ظاهر فى فرض المسألة فى عدم قدرته على التسرى ، وكذا فى عدم قدرته على الصوم المانع من الوقوع فى الزنا فلو قدر على شىء من ذلك لم يبق النكاح فرضا أو واجبا عينا ، بل هو أو غيره مما يمنعه عن الوقوع فى المحرم (قوله وهذا إن ملك المهر والنفقة) هذا الشرط راجع إلى القسمين أعنى الواجب والفرض وزاد فى البحر شرطا آخر فيهما وهو عدم خوف الجور أى الظلم قال : فإن تعارض خوف الوقوع فى الزنا لو لم يتزوج وخوف الجور لو تزوج قدم الثانى فلا افتراض ، بل يكره أفاده الكمال فى الفتح ولعله لأن الجور معصية متعلقة بالعباد ، والمنع من الزنا من حقوق الله تعالى وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه وغنى المولى تعالى اه .

قلت : ومقتضاه الكراهة أيضا عند عدم ملك المهر والنفقة لأنهما حق عبد أيضا وإن خاف الزنا لكن يأتى أنه يندب الاستدانة له قال فى البحر : فإن الله ضامن له الأداء فلا يخاف الفقر إذا كان من نيته التحصين والتعفف اه ومقتضاه أنه يجب إذا خاف الزنا وإن لم يملك المهر إذا قدر على استدانته وهذا مناف للاشتراط المذكور إلا أن

(و) يكون (سنة) مؤكدة فى الأصح فيأثم بتركه ويثاب إن نوى تحصينا وولدا (حال الاعتدال) أى القدرة على وطء ومهر ونفقة ، ورجح فى النهر وجوبه للمواظبة عليه والإنكار على من رغب عنه (ومكروها لخوف الجور) فإن تيقنه حرم ذلك

يقال الشرط ملك كل من المهر والنفقة ولو بالاستدانة أو يقال هذا فى العاجز عن الكسب ومن ليس له جهة وفاء وقدم الشارح فى أول الحج أنه لو لم يحج حتى أتلف ماله وسعه أن يستقرض ويحج ولو غير قادر على وفائه ، ويرجى أن لا يؤاخذه الله تعالى بذلك أى لو ناويا وفاءه لو قدر كما قيده فى الظهيرية اه وقدمنا أن المراد عدم قدرته على الوفاء فى الحال مع غلبة ظنه أنه لو اجتهد قدر وإلا فالأفضل عدمه ، وينبغى حمل ماذكر من ندب الاستدانة على ماذكرنا من ظنه القدرة على الوفاء وحينئذ فإذا كانت مندوبة عند أمنه من الوقوع فى الزنا ينبغى وجوبها عند تيقن الزنا بل ينبغى وجوبها حينئذ وإن لم يغلب على ظنه قدرة الوفاء تأمل .

مطلب كثيرا مايتساهل فى إطلاق المستحب على السنة

(قوله سنة مؤكدة فى الأصح) وهو محمل القول بالاستحباب وكثيرا مايتساهل فى إطلاق المستحب على السنة وقيل : فرض كفاية ، وقيل واجب كفاية وتمامه فى الفتح ، وقيل واجب عينا ورجحه فى النهر كما يأتى قال فى البحر ودليل السنية حالة الاعتدال ، الاقتداء بحاله صلى الله عليه وسلم فى نفسه ورده على من أراد من أمته التخلى للعبادة كما فى الصحيحين ردا بليغا بقوله « فمن رغب عن سنتى فليس منى » كما أوضحه فى الفتح اه وهو أفضل من الاشتغال بتعلم وتعليم كما فى درر البحار وقدمنا أنه أفضل من التخلى للنوافل (قوله فيأثم بتركه) لأن الصحيح أن ترك المؤكدة مؤثم كما علم فى الصلاة بحر ، وقدمنا فى سنن الصلاة أن اللاحق بتركها إثم يسير وأن المراد الترك مع الإصرار وبهذا فارقت المؤكدة الواجب وإن كان مقتضى كلام البدائع فى الإمامة أنه لافرق بينهما إلا فى العبارة (قوله ويثاب إن نوى تحصينا) أى منع نفسه ونفسها عن الحرام ، وكذا لو نوى مجرد الاتباع وامتثال الأمر بخلاف مالو نوى مجرد قضاء الشهوة واللذة (قوله أى القدرة على وطء) أى الاعتدال فى التوقان أن لايكون بالمعنى المار فى الواجب والفرض وهو شدة الاشتياق ، وأن لايكون فى غاية الفتور كالعنين ولذا فسره فى شرحه على الملتقى بأن يكون بين الفتور والشوق وزاد المهر والنفقة لأن العجز عنهما يسقط الفرض فيسقط السنية بالأولى ، وفى البحر والمراد حالة القدرة على الوطء ، والمهر والنفقة مع عدم الخوف من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن ، فلو لم يقدر على واحد من الثلاثة أو خاف واحدا من الثلاثة أى الأخيرة فليس معتدلا فلا يكون سنة فى حقه كما أفاده فى البدائع اه (قوله للمواظبة عليه والإنكار الخ) فإن المواظبة المقترنة بالإنكار على الترك دليل الوجوب ؛ وأجاب الرحمتى بأن الحديث ليس فيه الإنكار على التارك بل على الراغب عنه ولاشك أن الراغب عن السنة محل الإنكار (قوله ومكروها) أى تحريما بحر (قوله فإن تيقنه) أى تيقن الجور حرم لأن النكاح إنما شرع لمصلحة تحصين النفس ، وتحصيل الثواب ، وبالجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد بحر وترك الشارح قسما سادسا ذكره فى البحر عن المجتبى وهو الإباحة إن خاف العجز عن الإيفاء بموجبه اه أى خوفا غير راجح وإلا كان مكروها تحريما لأن عدم الجور من مواجبه والظاهر أنه إذا لم يقصد إقامة السنة بل قصد مجرد التوصل إلى قضاء الشهوة ولم يخف شيئا لم يثب عليه إذ لاثواب إلا بالنية فيكون مباحا أيضا كالوطء لقضاء الشهوة لكن لما قيل له صلى الله عليه وسلم إن أحدنا يقضى شهوته فكيف يثاب فقال صلى الله عليه وسلم مامعناه « أرأيت لو وضعها فى محرم أما كان يعاقب » فيفيد الثواب

ويندب إعلانه وتقديم خطبة وكونه في مسجد يوم جمعة بعاقد رشيد وشهود عدول ، والاستدانة له والنظر إليها قبله ، وكونها دونه سنا وحسبا وعزا ومالاوفوقه خلقا وأدبا

مطلقا إلا أن يقال المراد فى الحديث قضاء الشهوة لأجل تحصين النفس ، وقد صرح فى الأشباه بأن النكاح سنة مؤكدة ، فيحتاج إلى النية وأشار بالفاء إلى توقف كونه سنة على النية ثم قال : وأما المباحات فتختلف صفتها باعتبار ماقصدت لأجله فإذا قصد بها التقوى على الطاعات أو التوصل إليها كانت عبادة كالأكل والنوم واكتساب المال والوطء اه ثم رأيت فى الفتح قال : وقد ذكرنا أنه إذا لم يقترن بنية كان مباحا لأن المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه .

وأقول : بل فيه فضل من جهة إنه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول إليه مع مايعلمه من أنه قد يستلزم أثقالا فيه قصد ترك المعصية اه (قوله ويندب إعلانه) أى إظهاره والضمير راجع إلى النكاح بمعنى العقد ، لحديث الترمذى « أعلنوا هـذا النكاح واجعلوه فى المساجد واضربوا عليه بالدفوف » فتح (قوله وتقديم خطبة) بضم الخاء مايذكر قبل إجراء العقد من الحمد والتشهد ، وأما بكسرها فهى طلب التزوج وأطلق الخطبة فأفاد أنها لاتتعين بألفاظ مخصوصة ، وإن خطب بما ورد فهو أحسن ومنه ماذكره ط عن صاحب الحصن الحصين من لفظه عليه الصلاة والسلام وهو « الحمد لله نحمده ونستعين به ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يأأيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة إلى رقيبا يأأيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون يأأيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا إلى قوله عظيما » اه (قوله فى مسجد) للأمر به فى الحديث ط (قوله يوم جمعة) أى وكونه يوم جمعة فتح .

[تنبيه] قال فى البزازية : والبناء والنكاح بين العيدين جائز وكره الزفاف ، والمختار أنه لايكره لأنه عليه الصلاة والسلام تزوج بالصديقة فى شوال وبنى بها فيه وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح بين العيدين » إن صح أنه عليه الصلاة والسلام كان رجع عن صلاة العيد فى أقصر أيام الشتاء يوم الجمعة فقاله حتى لايفوته الرواح فى الوقت الأفضل إلى الجمعة اه (قوله بعاقد رشيد وشهود عدول) فلا ينبغى أن يعقد مع المرأة بلا أحد من عصبتها ، ولا مع عصبة فاسق ، ولا عند شهود غير عدول خروجا من خلاف الإمام الشافعى (قوله والاستدانة له) لأن ضمان ذلك على الله تعالى فقد روى الترمذى والنسائى وابن ماجه « ثلاث حق على الله تعالى عونهم : المكاتب الذى يريد الأداء ، والناكح الذى يريد العفاف ، والمجاهد فى سبيل الله تعالى » ذكره بعض المحشين وتقدم تمام الكلام على ذلك (قوله والنظر إليها قبله) أى وإن خاف الشهوة كما صرحوا به فى الحظر والإباحة وهذا إذا علم أنه يجاب فى نكاحها (قوله دونه سنا) لئلا يسرع عقمها فلا تلد (قوله وحسبا) هو ماتعده من مفاخر آبائك ح عن القاموس أى بأن يكون الأصول أصحاب شرف وكرم وديانة لأنها إذا كانت دونه فى ذلك ، وكذا فى العز أى الجاه والرفعة وفى المال تنقاد له ، ولا تحتقره وإلا ترفعت عليه وفى الفتح روى الطبرانى عن أنس عنه صلى الله عليه وسلم « من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله إلا ذلا ، ومن تزوجها لمالها لم يزده الله إلا فقراً ، ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة ، ومن تزوج امرأة لم يرد بها إلا أن يغض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه » .

[تتمة] زاد فى البحر : ويختار أيسر النساء خطبة ومؤنة ونكاح البكر أحسن للحديث « عليكم بالأبكار

وورعا وجمالا ، وهل يكره الزفاف ؟ المختار لا إذا لم يشتمل على مفسدة دينية (وينعقد) متلبسا (بإيجاب) من أحدهما (وقبول) من الآخر (وضعا للمضى) لأن الماضى أدل على التحقيق (كزوجت) نفسى أو بنتى أو موكلتى منك

فإنهن أعذب أفواها ، وأنقى أرحاما ، وأرضى باليسير » ولا يتزوج طويلة مهزولة ، ولا قصيرة دميمة ؛ ولا مكثرة ، ولا سيئة الخلق ، ولا ذات الولد، ولا مسنة للحديث « سوداء ولود خير من حسناء عقيم » ولا يتزوج الأمة مع طول الحرة ولازانية ، والمرأة تختار الزوج الدين الحسن الخلق الجواد الموسر ، ولا تتزوج فاسقا ، ولا يزوج ابنته الشابة شيخا كبيرا ولارجلا دميما ويزوجها كفؤا ، فإن خطبها الكفء لا يؤخرها وهو كل مسلم تقى وتحلية البنات بالحلى والحلل ليرغب فيهن الرجال سنة ، ولا يخطب مخطوبة غيره لأنه جفاء وخيانة اهـ (قوله وهل يكره الزفاف) هو بالكسر ككتاب إهداء المرأة إلى زوجها قاموس والمراد به هنا اجتماع النساء لذلك لأنه لازم له عرفا أفاده الرحمتى (قوله المختار لا الخ) كذا فى الفتح مستدلا له بما مر من حديث الترمذى وما رواه البخارى عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت « زففنا امرأة إلى رجل من الأنصار فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أما يكون معهم لهو فإن الأنصار يعجبهم اللهو وروى الترمذى والنسائى عنه صلى الله عليه وسلم « فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت » وقال الفقهاء : المراد بالدف مالا جلاجل له اهـ . وفى البحر عن الذخيرة : ضرب الدف فى العرس مختلف فيه وكذا اختلفوا فى الغناء فى العرس والوليمة ، فمنهم من قال بعدم كراهته كضرب الدف (قوله وينعقد) قال فى شرح الوقاية : العقد ربط أجزاء التصرف أى الإيجاب والقبول شرعا لكن هنا أريد بالعقد الحاصل بالمصدر، وهو الارتباط لكن النكاح الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط ، إنما قلنا هذا لأن الشرع يعتبر الإيجاب والقبول أركان عقد النكاح لا أمورا خارجية كالشرائط ، وقد ذكرت فى شرح التنقيح فى فصل النهى أن الشرع يحكم بأن الإيجاب والقبول الموجودين حسا يرتبطان ارتباطا حكميا ، فيحصل معنى شرعى يكون ملك المشترى أثراله فذلك المعنى هو البيع ، فالمراد بذلك المعنى المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشىء لا أن البيع مجرد ذلك المعنى الشرعى والإيجاب والقبول آلة له كما توهم البعض لأن كونهما أركانا ينافى ذلك اهـ . أى ينافى كونهما آلة ، وأشار الشارح إلى ذلك حيث جعل الباء للملابسة كما فى بنيت البيت بالحجر لا للاستعانة ، كما فى كتبت بالقلم .

والحاصل أن النكاح والبيع ونحوهما وإن كانت توجد حسا بالإيجاب والقبول ، لكن وصفها بكونها عقودا مخصوصة بأركان وشرائط يترتب عليها أحكام ، وتنتفى تلك العقود بانتفائها وجود شرعى زائد على الحسى ، فليس العقد الشرعى مجرد الإيجاب والقبول ولا الارتباط وحده بل هو مجموع الثلاثة وعليه فقوله وينعقد أى النكاح أى يثبت ويحصل انعقاده بالإيجاب والقبول (قوله من أحدهما) أشار إلى أن المتقدم من كلام العاقدين إيجاب سواء كان المتقدم كلام الزوج ، أو كلام الزوجة المتأخر قبول ح عن المنح فلا يتصور تقديم القبول ، فقوله تزوجت ابنتك إيجاب وقول الآخر زوجتكها قبول خلافا لمن قال إنه من تقديم القبول على الإيجاب وتمام تحقيقه فى الفتح (قوله لأن الماضى الخ) قال فى البحر : وإنما اختير لفظ الماضى لأن واضع اللغة لم يضع للانشاء لفظا خاصا وإنما عرف الانشاء بالشرع واختيار لفظ الماضى لدلالته على التحقيق والثبوت دون المستقبل اهـ . وقوله على التحقيق أى تحقيق وقوع الحدث (قوله كزوجت نفسى الخ) أشار إلى عدم الفرق بين أن يكون الموجب أصيلا أو وليا أو وكيلا وقوله : منك بفتح الكاف ، وليس مراده استقصاء الألفاظ التى تصلح للإيجاب ، حتى يرد عليه أن مثل بنتى ابنى ، ومثل موكلتى موكلى ، وأنه كان عليه أن يقول بعد قوله منك بفتح الكاف وكسرها أو من موليتك أو من

(و) يقول الآخر (تزوجت و) ينعقد أيضا (بما) أى بلفظين (وضع أحدهما له) للمضى (والآخر للاستقبال) أو للحال ، فالأول الأمر (كزوجنى) أو زوجينى نفسك أو كونى امرأتى فإنه ليس بإيجاب بل هو توكيل ضمنى (فإذا قال) فى المجلس (زوجت) أو قبلت أو بالسمع والطاعة بزازية قام مقام الطرفين وقيل هو إيجاب ...

موكلتك بفتح الكاف وكسرها أيضا ليعم الاحتمالات فافهم (قوله ويقول الآخر تزوجت) أى أو قبلت لنفسى أو لموكلى أو ابنى أو موكلتى ط (قوله فالأول) أى الموضع للاستقبال (قوله نفسك) بكسر الكاف مفعول زوجينى أو بفتحها مفعول زوجنى ففيه حذف مفعول أحد الفعلين ولو حذفه لشمل الولى والوكيل أيضا أفاده ح (قوله أو كونى امرأتى) ومثله كونى امرأة ابنى أو امرأة موكلى وكذا كن زوجى أو كن زوج بنتى أو زوج موكلتى أفاده ح (قوله فإنه ليس بإيجاب) الفاء فصيحة أى إذا عرفت أن قوله بما وضع معطوف على قوله بإيجاب وقبول وعرفت أيضا أن العطف يقتضى المغايرة عرفت أن لفظ الأمر ليس بإيجاب ، لكن هذا يقتضى أن قول الآخر زوجت فى هذه الصورة ليس بقبول ، وهو كذلك أى ليس بقبول محض بل هو لفظ قام مقام الإيجاب والقبول كما ذكره الشارح . ويرد عليه أن عطف الحال على الاستقبال يقتضى أن نحو قوله أتزوجك ليس بإيجاب وأن قولها قبلت مجيبة له ليس بقبول مع أنهما إيجاب وقبول قطعا ح (قوله بل هو توكيل ضمنى) أى أن قوله زوجنى توكيل بالنكاح للمأمور معنى ، ولو صرح بالتوكيل وقال وكلتك بأن تزوجى نفسك منى فقالت زوجت صح النكاح فكذا هنا غاية البيان ، وأشار بقوله ضمنى إلى الجواب عما أورد عليه من أنه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس ، مع أنه يقتصر .

وتوضيح الجواب كما أفاده الرحمتى : أن المتضمن بالفتح لاتعتبر شروطه بل شروط المتضمن بالكسر والأمر طلب للنكاح فيشترط فيه شروط النكاح من اتحاد المجلس فى ركنيه لاشروط مافى ضمنه من الوكالة كما فى أعتق عبدك عنى بألف لما كان البيع فيه ضمنيا لم يشترط فيه الإيجاب والقبول لعدم اشتراطهما فى العتق ، لأن الملك فى الإعتاق شرط ، وهو تبع للمقتضى وهو العتق إذ الشروط اتباع فلذا ثبت البيع المقتضى بالفتح بشروط المقتضى بالكسر ، وهو العتق لابشروط نفسه إظهارا للتبعية فسقط القبول الذى هو ركن البيع ولا يثبت فيه خيار الرؤية والعيب ولا يشترط كونه مقدور التسليم كما ذكره فى المنح فى آخر نكاح الرقيق (قوله فإذا قال) أى المأمور بالتزويج (قوله أو بالسمع والطاعة) متعلق بمحذوف دل عليه المذكور أى زوجت أو قبلت ملتبسا بالسمع والطاعة لأمرك ولا يحصل السمع والطاعة لأمره إلا بتقدير الجواب ماضيا مرادا به الانشاء ليتم شرط العقد بكون أحدهما للمضى (قوله بزازية) نص عبارتها قال زوجى نفسك منى فقالت بالسمع والطاعة صح اهـ ونقل هذا الفرع فى البحر عن النوازل ونقله فى موضع آخر عن الخلاصة فافهم (قوله وقيل هو إيجاب) مقابل القول الأول بأنه توكيل ، ومشى على الأول فى الهداية والمجمع ونسبه فى الفتح إلى المحققين ، وعلى الثانى ظاهر الكنز واعترضه فى الدرر بأنه مخالف لكلامهم . وأجاب فى البحر والنهر بأنه صرح به فى الخلاصة والخانية قال فى الخانية ولفظ الأمر فى النكاح إيجاب وكذا فى الخلع والطلاق والكفالة والهبة اهـ . قال فى الفتح : وهو أحسن لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولا ، وهو صادق على لفظ الأمر ثم قال : والظاهر أنه لابد من اعتبار كونه توكيلا ، وإلا بقى طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لايتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعت بلا جواب لكن ذكر فى البحر عن بيوع الفتح الفرق بأن النكاح لايدخله المساومة لأنه لايكون إلا بعد مقدمات ومراجعات ، فكان للتحقيق بخلاف البيع .

وأورد فى البحر على كونه إيجابا مافى الخلاصة : لو قال الوكيل بالنكاح هب ابنتك لفلان فقال الأب : وهبت

ورجحه فى البحر والثانى المضارع المبدوء بهمزة أو نون أو تاءكتزوجينى نفسك إذا لم ينو الاستقبال ،

لاينعقد النكاح مالم يقل الوكيل بعده قبلت لأن الوكيل لايملك التوكيل ،وما فى الظهيرية لوقال : هب ابنتك لابنى فقال : وهبت لم يصح ،مالم يقل أبو الصبى قبلت ، ثم أجاب بقوله إلا أن يقال بأنه مفرع على القول بأنه توكيل لا إيجاب وحينئذ تظهر ثمرة الاختلاف بين القولين لكنه متوقف على النقل ، وصرح فى الفتح بأنه على القول بأن الأمر توكيل يكون تمام العقد بالمجيب ، وعلى القول بأنه إيجاب يكون تمام العقد قائما بهما اهـ . أى فلا يلزم على القول بأنه توكيل قول الآمر قبلت ، فهذا مخالف للجواب المذكور ،وكذا يخالفه تعليل الخلاصة بأنه ليس للوكيل أن يوكل نعم مافى الظهيرية مؤيد للجواب لكن قال فى النهر إن مافى الظهيرية مشكل إذ لايصح تفريعه على أن الأمر إيجاب كما هو ظاهر ولا على أنه توكيل لما أنه يجوز للأب أن يوكل بنكاح ابنه الصغير إذ بتقديره يكون تمام العقد بالمجيب غير متوقف على قبول الأب وبه اندفع مافى البحر من أنه مفرع على أنه توكيل اهـ . لكن قال العلامة المقدسى فى شرحه إنما توقف الانعقاد على القبول فى قول الأب أو الوكيل : هب ابنتك لفلان أو لابنى أوأعطها مثلا لأنه ظاهر فى الطلب وأنه مستقبل لم يرد به الحال والتحقيق ، فلم يتم به العقد بخلاف زوجنى ابنتك بكذا بعد الخطبة ونحوها فإنه ظاهر فى التحقق والإثبات الذى هو معنى الإيجاب اهـ فتأمل . هذا وفي البحر أنه يبتنى على القول بأنه توكيل أنه لا يشترط سماع الشاهدين للأمر ، لأنه لايشترط الإشهاد على التوكيل ، وعلى القول الآخر يشترط ثم ذكر عن المعراج مايفيد الاشتراط مطلقا وهو إن زوجنى وإن كان توكيلا لكن لما لم يعمل زوجت بدونه نزل منزلة شطر العقد ثم ذكر عن الظهيرية مايدل على خلافه ، وهو مايذكره الشارح قريبا من مسألة العقد بالكتابة ويأتى بيانه (قوله والثانى) أى ماوضع للحال المضارع وهو الأصح عندنا ، فنى قوله كل مملوك أملكه فهو حر يعتق مافى ملكه فى الحال لاما يملكه بعد إلا بالنية وعلى القول بأنه حقيقة فى الاستقبال فقوله أتزوجك ينعقد به النكاح أيضا لأنه يحتمل الحال كما فى كلمة الشهادة ، وقد أراد به التحقيق لا المساومة بدلالة الخطبة والمقدمات بخلاف البيع كما في البحر عن المحيط .

والحاصل أنه إذا كان حقيقة فى الحال فلا كلام فى صحة الانعقاد به ، وكذا إذا كان حقيقة فى الاستقبال لقيام القرينة على إرادة الحال ، ومقتضاه أنه لو ادعى إرادة الاستقبال والوعد لايصدق بعد تمام العقد بالقبول ويأتى قريبا مايؤيده (قوله المبدوء بهمزة) كأتزوجك بفتح الكاف وكسرها ح (قوله أو نون) ذكره فى النهر بحثا حيث ، قال ولم يذكروا المضارع المبدوء بالنون كنزوجك أو نزوجك من ابنى وينبغى أن يكون كالمبدوء بالهمزة اهـ . (قوله كتزوجينى) بضم التاء ونفسك بكسر الكاف ، ومثله تزوجنى نفسك بضم التاء خطابا للمذكر فالكاف مفتوحة (قوله إذا لم ينو الاستقبال) أى الاستيعاد أى طلب الوعد وهذا قيد فى الأخير فقط كما فى البحر وغيره . وعبارة الفتح لما علمنا أن الملاحظة من جهة الشرع فى ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا عدينا حكمه إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذى الهمزة أتزوجك فقالت زوجت نفسى انعقد وفى المبدوء بالتاء تزوجنى بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال ، بخلاف الأول لأنه لايستخبر نفسه عن الوعد ، وإذا كان كذلك والنكاح مما لايجرى فيه المساومة كان للتحقيق فى الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للإنشاء ، بل باعتبار استعماله فى غرض تحقيقه ،واستفادة الرضا منه حتى قلنا: لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال قال فى شرح الطحاوى :لو قال هل أعطيتنيها فقال أعطيت إن كان المجلس للوعد فوعد وإن كان للعقد فنكاح اهـ . قال الرحمتى : فعلمنا أن العبرة لما يظهر من كلامهما لا لنيتهما ، ألا

وكذا أنا متزوجك أو جئتك خاطبا لعدم جريان المساومة فى النكاح أو هل أعطيتنيها أن المجلس للنكاح وإن للوعد فوعد؛ ولو قال لها ياعرسى فقالت لبيك انعقد على المذهب (فلا ينعقد) بقبول بالفعل كقبض مهر ولابتعاط ولا بكتابة حاضر بل غائب بشرط إعلام الشهود بما فى الكتاب مالم يكن بلفظ الأمر فيتولى الطرفين فتح

ترى أنه ينعقد مع الهزل والهازل لم ينو النكاح ، وإنما صحت نية الاستقبال فى المبدوء بالتاء لأن تقدير حرف الاستفهام فيه شائع كثير فى العربية اه . وبه علم أن المبدوء بالهمزة كما لا يصح فيه الاستبعاد لا يصح فيه الوعد بالتزوج فى المستقبل عند قيام القرينة على قصد التحقيق والرضا كما قلناه آنفا فافهم (قوله وكذا أنا متزوجك) ذكره فى الفتح بحثا حيث قال والانعقاد بقوله أنا متزوجك ينبغى أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء اه . قال ح : لأن متزوج اسم فاعل وهو موضوع لذات قام بها الحدث وتحقق فى وقت التكلم فكان دالا على الحال وإن كانت دلالته عليه التزامية (قوله أو جئتك خاطبا) قال فى الفتح : ولو قال باسم الفاعل كجئتك خاطبا ابنتك أو لتزوجنى ابنتك فقال الأب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه اه .

قال ح : فإن قلت : إن الإيجاب والقبول فى هذا ماضيان فلا معنى لذكره هنا : قلت : المعتبر قوله خاطبا لاقوله جئتك لأنه لاينعقد به النكاح ولا دخل له فيه (قوله لعدم جريان المساومة فى النكاح) احترز به عن البيع ، فلو قال أنا مشترأو جئتك مشتريا لاينعقد البيع لجريان المساومة فيه ط (قوله أن المجلس للنكاح) أى لإنشاء عقده لأنه يفهم منه التحقيق فى الحال فإذا قال الآخر أعطيتكها أو فعلت لزم وليس للأول أن لايقبل (قوله انعقد على المذهب) صوابه لم ينعقد ، فقد صرح فى البحر عن الصيرفية بأن الانعقاد خلاف ظاهر الرواية ومثله فى النهر ، وكذا فى شرح المقدسى عن فوائد تاج الشريعة . وفى التاترخانية قال لامرأة بمحضر من الرجال ياعروسى قالت لبيك فنكاح قال القاضى بديع الدين إنه خلاف ظاهر الرواية (قوله فلا ينعقد الخ) تفريع على ماتقدم من انعقاده بلفظين الخ ح (قوله كقبض مهر) قال فى البحر : وهل يكون القبول بالفعل كالقبول باللفظ كما فى البيع ؟ قال فى البزازية أجاب صاحب البداية فى امرأة زوجت نفسها بألف من رجل عند الشهود ، فلم يقل الزوج شيئا لكن أعطاها المهر فى المجلس أنه يكون قبولا ، وأنكره صاحب المحيط وقال الإمام مالم يقل بلسانه قبلت بخلاف البيع لأنه ينعقد بالتعاطى والنكاح لخطره لاينعقد حتى يتوقف على الشهود وبخلاف إجازة نكاح الفضولى بالفعل لوجود القول ثمة اه ح (قوله ولا بتعاط) تكرار مع قوله بالفعل كقبض مهر وكل منهما تكرار مع قول المتن الآتى ولا بتعاط ، فإن مسألة قبض المهر التى قدمنا نقلها عن البحر بعينها شرح بها المصنف قوله ولا بتعاط ح .

مطلب التزوج بإرسال كتاب

(قوله ولا بكتابة حاضر) فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد بحر والأظهر أن يقول فقالت قبلت الخ إذ الكتابة من الطرفين بلا قول لاتكفى ولو فى الغيبة تأمل (قوله بل غائب) الظاهر أن المراد به الغائب عن المجلس وإن كان حاضرا فى البلد ط (قوله فتح) فإنه قال ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب .

وصورته : أن يكتب إليها يخطبها فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسى منه أو تقول إن فلانا كتب إلى يخطبنى فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه ، أما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسى من فلان لاينعقد لأن سماع الشطرين شرط صحة النكاح ، وباسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين

ولا (بالإقرار على المختار) خلاصة كقوله : هى امرأتى لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت وليس بإنشاء (وقيل إن) كان (بمحضر من الشهود صح) كما يصح بلفظ الجعل (وجعل) الإقرار (إنشاء وهو الأصح) ذخيرة (ولا ينعقد بتزوجت نصفك على الأصح) احتياطا خانية بل لابد أن يضيفه إلى كلها أو مايعبر به عن الكل ومنه الظهر والبطن على الأشبه ذخيرة ، ورجحوا فى الطلاق خلافه

بخلاف ما إذا انتفيا . قال فى المصفى : هذا اى الخلاف إذا كان الكتاب بلفظ التزوج ، أما إذا كان بلفظ الأمر كقوله زوجى نفسك منى لايشترط إعلامها الشهود بما فى الكتاب لأنها تتولى طرفى العقد بحكم الوكالة ونقله عن الكامل ؛ وما نقله من نفى الخلاف فى صورة الأمر لاشبهة فيه على قول المصنف والمحققين ، أما على قول من جعل لفظة الأمر إيجابا كقاضيخان على مانقلناه عنه فيجب إعلامها إياهم مافى الكتاب اه . وقوله : لاشبهة فيه الخ قال الرحمتى : فيه مناقشة لما تقدم أن من قال إنه توكيل يقول توكيل ضمنى فيثبت بشروط ماتضمنه وهو الإيجاب كما قدمناه ، ومن شروطه سماع الشهود فينبغى اشتراط السماع هنا على القولين إلا أن يقال قد وجد النص هنا على أنه لا يجب فيرجع إليه اه .

[تنبيه] لوجاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوما فقال : هذا كتابى إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز فى قول أبى حنيفة حتى يعلم الشهود مافيه وعند أبى يوسف يجوز ، وفائدة هذا الخلاف فيما إذا جحد الزوج الكتاب بعد العقد فشهدوا بأنه كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل ولا يقضى بالنكاح . وعند أبى يوسف تقبل ويقضى به أما الكتاب فصحيح بلا إشهاد وإنما الإشهاد لتمكن المرأة من إثبات الكتاب إذا جحده الزوج كما فى الفتح عن مبسوط شيخ الإسلام (قوله ولا بالإقرار) لاينافيه ماصرحوا به أن النكاح يثبت بالتصادق ، لأن المراد هنا أن الإقرار لايكون من صيغ العقد ، والمراد من قولهم إنه يثبت بالتصادق أن القاضى يثبته بهأى بالتصادق ويحكم به أبوالسعود عن الحانوتى (قوله كما يصح بلفظ الجعل) أى بأن قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم فينعقد لأن النكاح ينعقد بالجعل ، حتى لو قالت جعلت نفسى زوجة لك فقبل تم فتح ، ومقتضى التشبيه فى عبارة الشارح أن هذا صحيح على القولين وهو ظاهر (قوله وجعل) ماض مبنى للمجهول معطوف على صح (قوله ذخيرة) فإنه قال ذكر فى صلح الأصل : ادعى رجل قبل امرأة نكاحا فجحدت فصالحها على مائة على أن تقر بذلك فأقرت فهذا الإقرار منها جائز والمال لازم ، وهذا الإقرار بمنزلة إنشاء النكاح لأنه مقرون بالعوض ، فهو عبارة عن تمليك مبتدإ فى الحال ، فإن كان بمحضر من الشهود صح النكاح وإلا فلا فى الأصح اه ملخصا وقال فى الفتح قال قاضيخان : وينبغى أن يكون الجواب على التفصيل إن أقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لايكون نكاحا وإن أقر الرجل أنه زوجها وهى أنها زوجته يكون إنكاحا ويتضمن إقرارهما الإنشاء بخلاف إقرارهما بماض لأنه كذب ، وهو كما قال أبو حنيفة إذا قال لامرأته لست لى امرأة ونوى به الطلاق يقع كأنه قال لأنى طلقتك ولو قال لم أكن تزوجتها ونوى الطلاق لايقع لأنه كذب محض اه . يعنى إذا لم تقل الشهود جعلتما هذا نكاحا فالحق هذا التفصيل اه (قوله احتياطا) قال فى البحر : وقولهم إن ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله كطلاق نصفها يقتضى الصحة ، وقد ذكر فى المبسوط فى موضع جوازه إلا أن يقال إن الفروج يحتاط فيها ، فلا يكفى ذكر البعض لاجتماع ما يوجب الحل والحرمة فى ذات واحدة فترجح الحرمة كذا فى الخانية اه . وما صححه فى الخانية صححه فى الظهيرية أيضا ونصه : ولو أضاف النكاح إلى نصف المرأة فيه روايتان والصحيح أنه لايصح اه ، ثم راجعت نسخة أخرى من الظهيرية فرأيتها كذلك فمن قال إنه فى الظهيرية صحح الصحة فكأنه سقط من نسخته لا النافية فافهم (قوله أو مايعبر به عن الكل) كالرأس والرقبة بحر (قوله ورجحوا فى الطلاق خلافه) قال فى البحر : وقالوا الأصح

فيحتاج للفرق (وإذا وصل الإيجاب بالتسمية) للمهر (كان من تمامه) أى الإيجاب (فلو قبل الآخر قبله لم يصح) لتوقف أول الكلام على آخره لو فيه مايغير أوله .

ومن شرائط الإيجاب والقبول : اتحاد المجلس لو حاضرين وإن طال كمخيرة وأن لايخالف الإيجاب القبول كقبلت النكاح لاالمهر

أنه لو أضاف الطلاق إلى ظهرها وبطنها لايقع وكذا العتق ، فلو أضاف النكاح إلى ظهرها وبطنها ذكر الحلوانى قال مشايخنا الأشبه من مذهب أصحابنا أنه ينعقد النكاح ، وذكر ركن الإسلام والسرخسى مايدل على أنه لاينعقد النكاح كذا فى الذخيرة اه .

أقول : وقال فى الذخيرة أيضا فى كتاب الطلاق وإن قال ظهرك طالق أو بطنك قال السرخسى فى شرحه الأصح أنه لايقع ، واستدل بمسألة ذكرها فى الأصل إذا قال ظهرك على كظهر أمى أو بطنك على كبطن أمى أنه لايصير مظاهرا ، وذكر الحلوانى فى شرحه الأشبه بمذهب أصحابنا أنه يقع الطلاق قال : وهو نظير ماقال مشايخنا فيما إذا أضيف عقد النكاح إلى ظهر المرأة أو إلى بطنها أن الأشبه بمذهب أصحابنا أنه ينعقد النكاح اه (قوله فيحتاج للفرق) كذا قال فى النهر لكن قد علمت مما نقلناه عن الذخيرة أولا وثانيا أن الحلوانى الذى صحح انعقاد النكاح صحح وقوع الطلاق وأن السرخسى الذى لم يصحح الانعقاد لم يصحح الوقوع بل صحح عدمه على هذا فلا حاجة للفرق ، وبه ظهر أن ماذكره فى البحر وتبعه الشارح قول ثالث ملفق عن القولين ولا يظهر وجهه (قوله كان) أى التسمية وكذا ضمير قبله ح أى وتذكير الضمير باعتبار المذكور أو لأن المراد بالتسمية المسمى أى المهر (قوله فلو قبل الخ) قال فى الفتح : كامرأة قالت لرجل زوجت نفسى منك بمائة دينار فقبل أن تقول بمائة دينار قبل الزوج لاينعقد ، لأن أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان فى آخره مايغير أوله وهنا كذلك فإن مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى معه يغير ذلك إلى تعين المذكور فلا يعمل قول الزوج قبله (قوله اتحاد المجلس) قال فى البحر : فلو اختلف المجلس لم ينعقد ، فلو أوجب أحدهما فقام الآخر أو اشتغل بعمل آخر بطل الإيجاب ، لأن شرط الارتباط اتحاد الزمان فجعل المجلس جامعا تيسيرا ؛ وأما الفور فليس من شرطه ؛ ولو عقدا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة لايجوز ، وإن كان على سفينة سائرة جاز اه أى لأن السفينة فى حكم مكان واحد .

[فرع] قال فى المنية : قال زوجتك بنتى فسكت الخاطب فقال الصهر أى أبو البنت ادفع المهر فقال نعم فهو قبول وقيل لا اه وهذا يوهم أن عندنا قولا باشتراط الفور ، وأن المختار عدمه . وأجاب فى الفتح بأنه قد يكون منشأ هذا القول من جهة أنه كان متصفا بكونه خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا فى رجوعه ، فقوله نعم بعده لايفيد بمفرده لالأن الفور شرط مطلقا والله سبحانه أعلم اه (قوله لو حاضرين) احترز به عن كتابة الغائب لما فى البحر عن المحيط الفرق بين الكتاب والخطاب أن فى الخطاب لو قال : قبلت فى مجلس آخر لم يجز وفى الكتاب يجوز لأن الكلام كما وجد تلاشى فلم يتصل الإيجاب بالقبول فى مجلس آخر فأما الكتاب فقائم فى مجلس آخر وقراءته بمنزلة خطاب الحاضر فاتصل الإيجاب بالقبول فصح اه ومقتضاه أن قراءة الكتاب فى مجلس الآخر لابد منها ليحصل الاتصال بين الإيجاب والقبول ، وحينئذ فاتحاد المجلس شرط فى الكتاب أيضا ، وإنما الفرق هو قيام الكتاب وإمكان قراءته ثانيا ، فلو حذف قوله حاضرين كالنهر لكان أولى والظاهر أنه لو كان مكان الكتاب رسول بالإيجاب فلم تقبل المرأة ثم أعاد الرسول الإيجاب فى مجلس آخر فقبلت لم يصح لأن رسالته انتهت أولا بخلاف الكتابة لبقائها أفاده الرحمتى اه (قوله كقبلت النكاح لاالمهر) تمثيل للمنفى أى إذا قال تزوجتك

نعم يصح الحط كزيادة قبلتها فى المجلس ، وأن لايكون مضافا ولا معلقا كما سيجىء ، ولا المنكوحة مجهولة ، ولا يشترط العلم بمعنى الإيجاب والقبول فما يستوى فيه الجد والهزل

بألف فقالت قبلت النكاح ولا أقبل المهر لايصح وإن كانت التسمية ليست من شروط صحة النكاح لأنه إنما أوجب النكاح بذلك القدر المسمى ، فلو صححنا قبولها يلزمه مهر المثل ولم يرض به بل بما سمى فيلزمه مالم يلتزمه ، بخلاف ماإذا لم يسم من الأصل لأن غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه ولو قالت قبلت ولم تزد على ذلك صح النكاح بما سمى وتمامه فى الفتح (قوله نعم يصح الحط الخ) أى إذا قال تزوجتك بألف فقالت قبلت بخمسمائة يصح ويجعل كأنها قبلت الألف وحطت عنه خمسمائة بحر ، ولا يحتاج إلى القبول منه لأن هذا إسقاط وإبراء بخلاف الزيادة كما لو قالت : زوجت نفسى منك بألف فقال الزوج قبلت بألفين صح النكاح بألف إلا إن قبلت فى المجلس ، فيصح بألفين على المفتى به كما فى البحر ، فصورة الحط من المرأة والزيادة من الزوج كما علمت وهو كذلك فى الذخيرة والخلاصة . وقال فى النهر بخلاف ماإذا زوجت نفسها منه بألف فقبله بألفين أو بخمسمائة صح وتوقف قبول الزيادة على قبولها فى المجلس على ماعليه الفتوى اه وظاهره أنها أوجبت بألف وقبل الزوج بخمسمائة وهو مشكل فإن الحط ممن له الحق وهو المرأة لاممن عليه ، فالظاهر أنه مما خالف فيه القبول الإيجاب فلا يصح يحرر أفاده الرحمتى (قوله وأن لايكون مضافا) كتزوجتك غدا ولا معلقا أى على غير كائن كتزوجتك إن قدم زيد وقوله كما سيجىء أى الكلام على المضاف والمعلق قبيل باب الولى (قوله ولا المنكوحة مجهولة) فلو زوج بنته منه وله بنتان لايصح إلا إذا كانت إحداهما متزوجة ، فينصرف إلى الفارغة كما فى البزازية نهر ، وفى معناه ماإذا كانت إحداهما محرمة عليه فليراجع رحمتى . وإطلاق قوله لايصح دال على عدم الصحة ، ولو جرت مقدمات الخطبة على واحدة منهما بعينها لتتميز المنكوحة عند الشهود فإنه لابد منه رملى ؛

قلت : وظاهره أنها لو جرت المقدمات على معينة وتميزت عند الشهود أيضا يصح العقد وهى واقعة الفتوى ؛ لأن المقصود نفى الجهالة وذلك حاصل بتعينها عند العاقدين والشهود وإن لم يصرح باسمها كما إذا كانت إحداهما متزوجة ، ويؤيده ماسيأتى من أنها لو كانت غائبة وزوجها وكيلها فإن عرفها الشهود وعلموا أنه أرادها كفى ذكر اسمها وإلا لابد من ذكر الأب والجد أيضا ، ولا يخفى أن قوله زوجت بنتى وله بنتان أقل إبهاما من قول الوكيل زوجت فاطمة ويأتى تمام ذلك عند قوله وحضور شاهدين حرين وعند قوله غلط وكيلها الخ .

[تنبيه] لم يذكر اشتراط تمييز الرجل من المرأة وقت العقد للخلاف لما فى النوازل فى صغيرين قال أبو أحدهما زوجت بنتى هذه من ابنك هذا وقبل ثم ظهر الجارية غلاما والغلام جارية جاز ذلك ، وقال العتابى لايجوز بحر قال الرملى : والأكثر على الأول ؛

قلت : وبه علم أن زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين وبه صرح فى الفتح عن المنية ومثله فى البحر (قوله ولا يشترط الخ) أى فيما كان بلفظ تزويج ونكاح بخلاف ماكان كناية لما يأتى من أنه لابد فيه من نية أو قرينة وفهم الشهود لكن قيد فى الدرر عدم الاشتراط بما إذا علما أن هذا اللفظ ينعقد به النكاح أى وإن لم يعلما حقيقة معناه قال فى الفتح لو لقنت المرأة زوجت نفسى بالعربية ولا تعلم معناه وقبل والشهود يعلمون ذلك أو لايعلمون صح كالطلاق ، وقيل لا كالبيع كذا فى الخلاصة ، ومثل هذا فى جانب الرجل إذا لقنه ولا يعلم معناه وهذه من جملة مسائل الطلاق ، والعتاق ، والتدبير ، والنكاح ، والخلع ، فالثلاثة الأول واقعة فى الحكم ذكره فى عتاق الأصل فى باب التدبير ، وإذا عرف الجواب قال قاضيخان : ينبغى أن يكون النكاح كذلك لأن العلم بمضمون

إذ لم يحتج لنية به يفتى (وإنما يصح بلفظ تزويج ونكاح) لأنهما صريح (وما) عداهما كناية هو كل لفظ (وضع لتمليك عين) كاملة فلا يصح بالشركة (فى الحال) خرج الوصية غير المقيدة بالحال

اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوى فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه وأما فى الخلع إذ لقنت اختلعت نفسى منك بمهرى ونفقة عدتى فقالته ولا تعلم معناه ولا أنه لفظ خلع اختلفوا فيه قيل لايصح وهو الصحيح قال القاضى : وينبغى أن يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة وكذا لو لقنت أن تبرئه وكذا المديون إذا لقن رب الدين لفظ الإبراء لايبرأ اهـ .

قلت : وفى فهم الشهود اختلاف تصحيح كما سيأتى بيانه (قوله إذ لم يحتج لنية) بسكون ذال إذ فالجملة تعليل لما قبلها وضمير يحتج لما (قوله به يفتى) صرح به فى البزازية . وفى البحر أن ظاهر كلام التجنيس يفيد ترجيحه .

قلت : وهو مقتضى كلام الفتح المار وبه جزم فى متن الملتقى والدرر والوقاية وذكر الشارح فى شرحه على الملتقى أنه اختلف التصحيح فيه (قوله وإنما يصح الخ) اعلم أن الصريح ينعقد به النكاح بلا خلاف وغيره على أربعة أقسام : قسم لاخلاف فى الانعقاد به عندنا بل الخلاف فى خارج المذهب ، وقسم فيه خلاف عندنا والصحيح الانعقاد ، وقسم فيه خلاف والصحيح عدمه ، وقسم لاخلاف فى عدم الانعقاد به ، فالأول ماسوى لفظى النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتى لك بألف والثانى نحو بعت نفسى منك بكذا أو ابنتى أو اشتريتك بكذا فقالت نعم ونحو السلم والصرف والقرض والصلح والثالث كالإجارة والوصية والرابع كالإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع والإقالة والخلع أفاده فى الفتح (قوله وما عداهما كناية الخ) فى هذا التركيب إخراج المتن عن مدلوله من التصريح بجوازه بهذه الألفاظ . وأورد عليه كيف صح بالكناية مع اشتراط الشهادة فيه والكناية لابد فيها من النية ، ولا اطلاع للشهود عليها قال الزيلعى قلنا ليست بشرط مع ذكر المهر وذكر السرخسى أنها ليست بشرط مطلقا لعدم اللبس ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال اهـ وللمحقق ابن الهمام فيه بحث طويل يأتى بعضه قريبا (قوله هو كل لفظ الخ) أورد عليه فى البحر أنه ينعقد بألفاظ غير ماذكر مثل كونى امرأتى ، وقولها عرستك نفسى وقوله لمبانته : راجعتك بكذا وقولها له رددت نفسى عليك ، وقوله صرت لى أو صرت لك وقوله : ثبت حقى فى منافع بضعك وذكر ألفاظ أخر وأنه ينعقد فى الكل مع القبول ، ثم أجاب بأن العبرة فى العقود للمعانى حتى فى النكاح كما صرحوا به وهذه الألفاظ تؤدّى معنى النكاح .

وحاصله أن هذه الألفاظ داخلة فى النكاح لأن المراد لفظه أو ما يؤدى معناه تأمل (قوله وضع لتمليك عين) خرج مالا يفيد التمليك أصلا كالرهن والوديعة وما يفيد تمليك المنفعة كالإجارة والإعارة كما يأتى (قوله كاملة) صرح بمفهومه بقوله فلا يصح بالشركة قال فى غاية البيان وكذا أى لا ينعقد بلفظ الشركة لأنه يفيد التمليك فى البعض دون الكل ولهذا لا يصح النكاح إذا قال زوجتك نصف جاريتى (قوله خرج الوصية غير المقيدة بالحال) بأن كانت مطلقة أو مضافة إلى ما بعد الموت أما المقيدة بالحال نحو أوصيت لك ببضع ابنتى للحال بألف درهم فجائز كما حققه فى الفتح ، وتبعه فى النهر قائلا وارتضاه غير واحد ، وخالفهم فى البحر بأن المعتمد ماأطلقه الشارحون من عدم الجواز لأن الوصية مجاز عن التمليك فلوا نعقد بها لكان مجازا عن النكاح والمجاز لامجاز له كما فى ينبوع العناية اهـ ونقل الرملى عن المقدسى أن قوله إن المجاز لا مجاز له مردود يعرف ذلك من طالع أساس البلاغة اهـ أى كما قرروه فى رأيت مشفر زيد من أنه مجاز بمرتبتين ، وكذا فى ـ فأذاقها الله لباس الجوع والخوف ـ

(كهبة وتمليك وصدقة وعطية وقرض وسلم واستئجار

قلت : لكن قول المصنف كغيره وما وضع لتمليك العين فى الحال لا يشمل الوصية ، لأنها موضوعة لتمليك العين بعد الموت فإذا استعملت فى تمليك العين فى الحال كانت مجازا فلم يصح بها النكاح بناء على أنها لم توضع للتمليك فى الحال لابناء على أنها مجاز المجاز ، اللهم إلا أن يجاب بأن قولهم وضع بمعنى استعمل فيشمل الحقيقة والمجاز أو هو مبنى على أن المجاز موضوع بالوضع النوعى كما أوضحه شارح التحرير فى أول الفصل الخامس فتأمل (قوله كهبة) أى إذا كانت على وجه النكاح .

واعلم أن المنكوحة إما أمة أو حرة ، فإذا أضاف الهبة إلى الأمة بأن قال لرجل وهبت أمتى هذه منك ، فإن كان الحال يدل على النكاح من إحضار شهود وتسمية المهر معجلا ومؤجلا ونحو ذلك ينصرف إلى النكاح ؛ وإن لم يكن الحال دليلا على النكاح ، فإن نوى النكاح وصدقه الموهوب له فكذلك ينصرف إلى النكاح بقرينة النية ، وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة وإن أضيفت إلى الحرة فانه ينعقد من غير هذه القرينة لأن عدم قبول المحل للمعنى الحقيقى ، وهو الملك للحرة يوجب الحمل على المجاز فهو القرينة ، فإن قامت القرينة على عدمه لاينعقد ؛ فلو طلب من امرأة الزنى فقالت وهبت نفسى منك فقال الرجل قبلت لا يكون نكاحا كقول أبى البنت وهبتها لك لتخدمك فقال قبلت إلا إذا أراد به النكاح كذا فى البحر ط (قوله وقرض الخ) قال فى النهر وفى الصرف والقرض والصلح والرهن قولان . وينبغى ترجيح انعقاده بالصرف عملا بالكلية لما أنه يفيد ملك العين فى الجملة (١) وبه يترجح ما فى الصيرفية من تصحيح انعقاده بالقرض ، وإن رجح فى الكشف وغيره عدمه ، وجزم السرخسى بانعقاده بالصلح والعطية ولم يحك الإتقانى غيره اه وسيأتى الكلام على الرهن لكن قوله ولم يحك الإتقانى غيره سبق قلم فإن الذى ذكره الإتقانى فى غاية البيان أنه لا ينعقد بالصلح وهكذا نقله عنه فى البحر ، وعزاه فى الفتح إلى الأجناس ، ثم نقل كلام السرخسى .

قلت : وينبغى التفصيل والتوفيق بأن يقال إن جعلت المرأة بدل الصلح مثل أن يقول أبو البنت لدائنه مثلا صالحتك عن ألفك التى لك على ببنتى هذه وإن جعلت مصالحا عنها بأن قال صالحتك عن بنتى بألف لايصح وعليه يحمل كلام غاية البيان بدليل أنه علله بقوله لأن الصلح حطيطة وإسقاط للحق اه ولا يخفى أن الإسقاط إنما هو بالنسبة للمصالح عنه والمقصود ملك المتعة من المرأة لا إسقاطه فلذا لم يصح أما بدل الصلح فالمقصود ملكه أيضا فيصح به ملك المتعة . هذا ، ولم أر من تعرض للخلاف فى العطية مثل قوله هى لك عطية بكذا لأنه بمنزلة الهبة وقد أفتى به فى الخيرية وأما لفظ أعطيتك بنتى بكذا كما هو الشائع عند الأعراب والفلاحين فيصح به العقد كما قدمناه عن الفتح عن شرح الطحاوى ، ويقع كثيرا أنه يقول جئتك خاطبا بنتك لنفسى فيقول أبوها هى جارية فى مطبخك فينبغى أن يصح إذا قصد العقد دون الوعد أخذا مما قدمناه آنفا عن البحر فى وهبتها لك لتخدمك ويؤيده ما فى الذخيرة إذا قال جعلت ابنتى هذه لك بألف صح لأنه أتى بمعنى النكاح ، والعبرة فى العقود للمعانى دون الألفاظ اه (قوله وسلم واستئجار) هذا إذا جعلت المرأة رأس مال السلم أو جعلت أجرة فينعقد اجماعا ، أما إن جعلت مسلما فيها فقيل لا ينعقد لأن السلم فى الحيوان لا يصح ، وقيل ينعقد لأنه لو اتصل به القبض يفيد ملك الرقبة ملكا فاسدا ، وليس كل ما يفسد الحقيقى يفسد مجازيه ورجحه فى الفتح ، وهو مقتضى

---

(١) (قوله لما أنه يفيد ملك العين فى الجملة) أى لأن ما يثبت به إنما هو ملك ما لا يتعين من النقد والمعقود عليه هنا متعين اه .

وصالح وصرف وكل ماتملك به الرقاب بشرط نية أو قرينة وفهم الشهود المقصود (لا) يصح (بلفظ إجارة) بزاء أو بزاى (وإعارة ووصية) ورهن ووديعة ونحوها مما لايفيد الملك ، لـكن تثبت به الشبهة فلا يحدّ ولها الأقل من المسمى ومهر المثل ، وكذا تثبت بكل لفظ لاينعقد به النكاح فليحفظ .

(وألفاظ مصحفة كتجوزت)

مافى المتون وإن لم تجعل أجرة كقوله أجرتك ابنتى بكذا فالصحيح أنه لا ينعقد لأنها لاتغير ملك العين أفاده فى البحر (قوله وكل ما تملك به الرقاب) كالجعل والبيع والشراء فإنه ينعقد بها كما مر (قوله بشرط نية أو قرينة الخ) هذا ماحققه فى الفتح ردا على ما قدمناه عن الزيلعى ، حيث لم يجعل النية شرطا عند ذكر المهر وعلى السرخسى حيث لم يجعلها شرطا مطلقا .

وحاصل الرد أن المختار أنه لا بد من فهم الشهود المراد فإن حكم السامع بأن المتكلم أراد من اللفظ ما لم يوضع له لا بد له من قرينة على إرادته ذلك ، فإن لم تكن فلا بد من إعلام الشهود بمراده ، ولذا قال فى الدراية فى تصوير الانعقاد بلفظ الاجارة عند من يجيزه أن يقول أجرت بنتى ونوى به النكاح وأعلم الشهود اه بخلاف قوله بعتك بنتى ، فإن عدم قبول المحل للبيع يوجب الحمل على المجازى ، فهو قرينة يكتفى بها الشهود حتى لو كانت المعقود عليها أمة لابد من قرينة زائدة تدل على النكاح من إحضار الشهود وذكر المهر مؤجلا أومعجلا ، وإلا فإن نوى وصدقه الموهوب له صح وإن لم ينو انصرف إلى ملك الرقبة كما فى البدائع ، والظاهر أنه لا بد مع النية من إعلام الشهود وقد رجع شمس الأئمة إلى التحقيق حيث قال ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال اه هذا حاصل ما فى الفتح ، وملخصه أنه لا بد فى كنايات النكاح من النية مع قرينة أو تصديق القابل للموجب وفهم الشهود المراد أو إعلامهم به (قوله بلفظ إجارة) أى فى الأصح كآجرتك نفسى بكذا بخلاف لفظ الاستئجار بأن جعلت المرأة بدلا مثل استأجرت دارك بنفسى أو ببنتى عند قصد النكاح كما مر بيانه ، وعبر هناك بالاستئجار وهنا بالاجارة إشارة للفرق المذكور فلا تكرار فافهم (قوله ووصية) أى غير مقيدة بالحال كما مر (قوله ورهن) فيه اختلاف المشايخ كما فى البناية ، ورجح فى الولو الجية ما هنا من عدم الصحة ولعل ابن الهمام لم يعتبر القول الآخر لعدم ظهور وجهه فعد الرهن من قسم ما لا خلاف فى عدم الصحة به لأنه لا يفيد الملك أصلا (قوله ونحوها) كاباحة وإحلال وتمتع وإقالة وخلع كما قدمناه عن الفتح ، لـكن ذكر فى النهر أنه ينبغى أن يقيد الأخير بما إذا لم تجعل بدل الخلع ، فإن جعلت كما إذا قال أجنبى اخلع زوجتك ببنتى هذه فقبل صح أخذا من مسألة الاجارة (قوله لـكن تثبت به) أى بنحو المذكورات (قوله وكذا تثبت بكل لفظ لا ينعقد به النكاح) هذا ساقط من بعض النسخ وهو الأحسن ولذا قال ح : إنه مكرر مع قوله لـكن تثبت به الشبهة مع أن قوله بكل لفظ لا ينعقد به النكاح شامل للفظ لادخل له أصلا كقوله لها أنت صديقتى فقالت نعم فإنه يصدق عليه أنه لفظ لا ينعقد به النكاح ومع ذلك لا تثبت به الشبهة ، بخلاف العبارة الأولى فإنها وقعت بيانا لنحو المذكورات فى المتن فتختص بكل لفظ يفيد الملك ولا ينعقد به النكاح اه .

مطلب هل ينعقد النكاح بالألفاظ المصحفة نحو تجوّزت

(قوله وألفاظ مصحفة) من التصحيف ، وهو تغيير اللفظ حتى يتغير المعنى المقصود من الوضع كما فى الصحاح ، وفى المغرب التصحيف أن يقرأ الشىء على خلاف ما أراده كاتبه أو على غير ما اصطلحوا عليه (قوله كتجوزت) أى بتقديم الجيم على الزاى . قال فى المغرب : جاز المكان وأجازه وجاوزه وتجاوزه إذا سارفيه وخلفه ، وحقيقته قطع جوزه

لصدوره لاعن قصد صحيح بل عن تحريف وتصحيف، فلم تكن حقيقة ولا مجازا لعدم العلاقة بل غلطا فلا اعتبار به أصلا تلويح ، نعم لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة وصدرت عن قصد

أى وسطه ومنه جاز البيع أو النكاح إذا نفذه وأجازه القاضى إذا نفذه وحكم به ومنه المجيز الوكيل والوصى لتنفيذه ماأمر به ، وجوز الحكم رآه جائزا وتجوز الضراب الدراهم أن جعلها رائجة جائزة وأجازه بجائزة سنية إذا أعطاه عطية ومنها جوائز الوفود للتحف واللطف ، وتجاوز عن المسيء وتجوز عنه أغضى عنه وعفا وتجوّز فى الصلاة ترخص فيها وتساهل ومنه تجوز فى أخذ الدراهم اه ملخصا (قوله لصدوره لا عن قصد صحيح) أشار به إلى الفرق بينه وبين انعقاده بلفظ أعجمى بأن اللغة الأعجمية تصدر عمن تكلم بها عن قصد صحيح ، بخلاف لفظ التجويز فإنه يصدر لا عن قصد صحيح ، بل عن تحريف وتصحيف ، فلا يكون حقيقة ولا مجازا منح ملخصا . والتحريف التغيير وهو المراد بالتصحيف كما مر (قوله تلويح) ليس مراده عز والمسألة إلى التلويح بل عزو مضمون التعليل لأنها غير مذكورة فيه ولا فى غيره من الكتب المتقدمة ، وإنما ذكرها المصنف فى متنه . وذكر فى شرحه المنح أنه كثر الاستفتاء عنها فى عامة الأمصار وأنه كتب فيها رسالة حاصلها اعتماد عدم الانعقاد بهذا اللفظ لأنه لم يوضع لتمليك العين للحال وليس لفظ نكاح ولا تزويج وليس بينه وبين ألفاظ النكاح علاقة مصححة للمجازية عنها كما استعير لفظ الهبة والبيع للنكاح ، ومن ثم صرحوا بأنه لا ينعقد بلفظ الإحلال والإجارة والوصية لعدم صحة الاستعارة ، ولا يصح قياس ذلك على اللغة الأعجمية لعدم القصد الصحيح كما مر ، ثم استشهد لذلك بما ذكره المحقق السعد التفتازانى فى بحث الحقيقة والمجاز من التلويح ، وهو أن اللفظ المستعمل استعمالا صحيحا جاريا على القانون إما حقيقة أو مجازا ؛ لأنه إن استعمل فيما وضع له فحقيقة ؛ وإن استعمل فى غيره ، فإن كان لعلاقة بينه وبين الموضوع له فمجاز وإلا فمرتجل وهو أيضا من قسم الحقيقة ، لأن الاستعمال الصحيح فى الغير بلا علاقة وضع جديد ، فيكون اللفظ مستعملا فيما وضع له فيكون حقيقة ، وقيدنا الاستعمال بالصحيح احترازا عن الغلط مثل استعمال لفظ الأرض فى السماء من غير قصد إلى وضع جديد اه (قوله نعم الخ) هذا ذكره المصنف أيضا حيث قال عقب عبارة التلويح المذكورة ، نعم لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة بحيث أنهم يطلبون بها الدلالة على حل الاستمتاع وتصدر عن قصد واختيار منهم ، فالقول بانعقاد النكاح بها وجه ظاهر لأنه والحالة هذه يكون وضعا جديدا منهم ، وبانعقاده بين قوم اتفقت كلمتهم على هذه الغلطة أفتى شيخ الإسلام أبو السعود مفتى الديار الرومية ، وأما صدورها لا عن قصد إلى وضع جديد كما يقع من بعض الجهلة الأغمار ، فلا اعتبار به فقد قال فى التلويح إن استعمال اللفظ فى الموضوع له أو غيره طلب دلالته عليه وإرادته منه فمجرد الذكر لا يكون استعمالا صحيحا فلا يكون وضعا جديدا اه .

وحاصل كلام المصنف : أنه إن اتفقوا على استعمال التجويز فى النكاح بوضع جديد قصدا يكون حقيقة عرفية مثل الحقائق المرتجلة . ومثل الألفاظ الأعجمية الموضوعة للنكاح ، فيصح به العقد لوجود طلب الدلالة على المعنى المراد وإرادته من اللفظ قصدا وإلا فذكر هذا اللفظ بدون ما ذكر لا يكون حقيقة لعدم الوضع ولا مجازا لعدم العلاقة ، فلا يصح به العقد لكونه غلطا كما أفتى به المصنف تبعا لشيخه العلامة ابن نجيم ومعاصريه لكن أفتى بخلافه العلامة الخير الرملى فى الفتاوى الخيرية ، ونازع المصنف فيما استشهد به ، وكذا نازعه فى حاشيته عن المنح ، بأنه لادخل لبحث الحقيقة والمجاز المرتب على عدم العلاقة ، وقد أقر المصنف بأنه تصحيف ، فكيف يتجه ذكر نفى العلاقة ، بل نسلم كونه تصحيفا بإبدال حرف ، فلو صدر من عارف لا ينعقد به ، وهو محل فتوى

كان ذلك وضعا جديدا فيصح، به أفتى أبو السعود . وأما الطلاق فيقع بها قضاء كما فى أوائل الأشباه (ولا بتعاط)

الشيخ زين بن نجيم ومعاصريه فيقع الدليل فى محله ح والمسألة لم توجد فيها نقل بخصوصها عن المشايخ ، فصارت حادثة الفتوى .

وقد صرح الشافعية بأنه لا يضر من عامى إبدال الزاى جيما وعكسه مع تشديدهم فى النكاح بحيث لم يجوزوه إلا بلفظ الإنكاح والتزويج والإفتاء بحسب الانهاء . فإذا سئل المفتى هل ينعقد بلفظ التجويز يجيب بلا لعدم التعرض لذكر التصحيف والأصل عدمه وإذا سئل فى عامى قدم الجيم على الزاى بلا قصد استعارة لعدم علمه بها بل قصد حل الاستمتاع باللفظ الوارد شرعا فوقع له ما ذكر ينبغى فيه موافقة الشافعية ، وبالأولى فيما إذا اتفقت كلمتهم على هذه الغلطة كما قطع به أبو السعود ، وقد صرحوا بعدم اعتبار الغلط والتصحيف فى مواضع فأوقعوا الطلاق بالألفاظ المصحفة مع اشتراك الطلاق والنكاح فى أن جدهما جد وهزلها جد ، وخطر الفروج ، وأفتوا بالوقوع فى علىّ الطلاق وأنه تعليق يقع به الطلاق عند وقوع الشرط لأنه صار بمنزلة إن فعلت فأنت كذا ، ومثله الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا مع كونه غلطا ظاهرا لغة وشرعا لعدم وجود ركنه وعدم محلية الرجل للطلاق ، وقول أبى السعود إنه أى هذا الطلاق ليس بصريح ولا كناية نظرا لمجرد اللفظ لا إلى الاستعمال الفاشى لعدم وجوده فى بلاده ، فإذا لم نعتبر هذا الغلط الفاحش لزمنا أن لا نعتبره فيما نحن فيه مع فشوّ استعماله وكثرة دورانه فى ألسنة أهل القرى والأمصار بحيث لو لقن أحدهم التزويج لعسر عليه النطق به ، فلا شك أنهم لا يلمحون استعارة لترد ملمحهم بعدم العلاقة ، بل هو تصحيف عليهم فشا فى لسانهم .

وقداستحسن بعض المشايخ عدم فساد الصلاة بابدال بعض الحروف وإن لم يتقارب المخرج لأن فيه بلوى العامة فكيف فيما نحن فيه اه ملخصا (قوله وأما الطلاق فيقع بها الخ) أى بالألفاظ المصحفة كتلاق وتلاك وطلاك وطلاغ وتلاغ . قال فى البحر : فيقع قضاء ولا يصدق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتى تطلبنى الطلاق وأنا لا أطلق فأقول هذا ، ولا فرق بين العالم والجاهل وعليه الفتوى اه .

ثم إنه لا فرق يظهر بين النكاح والطلاق . وقد استدل الخير الرملى على ذلك بما قدمناه من قول قاضيخان إنه ينبغى أن يكون النكاح كالطلاق والعتاق فى أنه لا يشترط العلم بمعناه لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوى فيه الجد والهزل اه قال فإذا علمنا أن الطلاق واقع مع التصحيف فينبغى أن يكون النكاح نافذا معه أيضا اه .

قلت : وأما الجواب بأن وقوع الطلاق للاحتياط فى الفروج فهو مشترك الالزام ، على أنه لا احتياط فى التفريق بعد تحقق الزوجية بمجرد التلفظ بلفظ مصحف أو مهمل لا معنى له ، بل الاحتياط فى بقاء الزوجية حتى يتحقق المزيل ، فلولا أنهم اعتبروا القصد بهذا اللفظ المصحف بدون وضع جديد ولا علاقة لم يوقعوا به الطلاق لأن الغلط الخارج عن الحقيقة والمجاز لا معنى له ، فعلم أنهم اعتبروا المعنى الحقيقى المراد ولم يعتبروا تحريف اللفظ بل قولهم يقع بها قضاء يفيد أنه يقضى عليه بالوقوع ، وإن قال لم أرد بها الطلاق حملا على أنها من أقسام الصريح ولذا قيد تصديقه بالاشهاد فبالأولى إذا قال العامى جوزت بتقديم الجيم أو زوزت بالزاى بدل الجيم قاصدا به معنى النكاح يصح ويدل عليه أيضا ما قدمناه عن الذخيرة من أنه إذا قال جعلت بنتى هذه لك بألف صح لأنه أتى بمعنى النكاح والعبرة فى العقود للمعانى دون الألفاظ ، فهذا التعليل يدل على أن كل ما أفاد معنى النكاح يعطى حكمه ، لكن إذا كان بلفظ نكاح أو تزويج أو ما وضع لتمليك العين للحال ، ولا شك أن لفظ جوزت أو زوزت

احتراما للفروج (وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر) ليتحقق رضاهما (و) شرط (حضور) شاهدين

لا يفهم منه العاقدان والشهود إلا أنه عبارة عن التزويج ، ولا يقصد منه إلا ذلك المعنى بحسب العرف ، وقد صرحوا بأنه يحمل كلام كل عاقد وحالف وواقف على عرفه ؛ وإذا وقع الطلاق بالألفاظ المصحفة ولو من عالم كما مر وإن لم تكن متعارفة كما هو ظاهر إطلاقهم فيها يصح النكاح من العوام بالمصحفة المتعارفة بالأولى ، والله تعالى أعلم .

[تنبيه] علم مما قررناه جواز العقد بلفظ أزوجت بالهمزة فى أوله خلافا لما ذكره السيد محمد أبو السعود فى حاشية مسكين عن شيخه من عدم الجواز معللا بأنه لم يجده فى كتب اللغة فكان تحريفا وغلطا (قوله احتراما للفروج) أى لخطر أمرها وشدة حرمتها ، فلا يصح العقد عليها إلا بلفظ صريح أو كناية (قوله سماع كل) أى ولو حكما كالكتاب إلى غائبة لأن قراءته قائمة مقام الخطاب كما مر . وفى الفتح ينعقد النكاح من الأخرس إذا كانت له إشارة معلومة (قوله ليتحقق رضاهما) أى ليصدر منهما ما من شأنه أن يدل على الرضا إذ حقيقة الرضا غير مشروطة فى النكاح لصحته مع الإكراه والهزل رحمتى .

وذكر السيد أبو السعود أن الرضا شرط من جانبها لا من جانب الرجل واستدل لذلك بما صرح به القهستانى فى المهر من فساد العقد إذا كان الإكراه من جهتها . وأقول فيه نظر فإنه ذكر فى النقاية أن فى النكاح الفاسد لا يجب شىء إن لم يطأها وإن وطئها وجب مهر المثل فقال القهستانى عند قوله فى النكاح الفاسد : أى الباطل كالنكاح للمحارم المؤبدة أو المؤقتة أو بإكراه من جهتها الخ ، فقوله من جهتها معناه أنها إذا أكرهت الزوج على التزوج بها لا يجب لها عليه شىء ، لأن الإكراه جاء من جهتها فكان فى حكم الباطل لا باطلا حقيقة ، وليس معناه أن أحدا أكرهها على التزوج ، ونظير هذه المسألة ما قالوه فى كتاب الإكراه من أنه لو أكره على طلاق زوجته قبل الدخول بها لزمه نصف المهر ويرجع به على المكره إن كان المكره له أجنبيا ، فلو كانت الزوجة هى التى أكرهته على الطلاق لم يجب لها شىء نص عليه القهستانى هناك أيضا . وأما ما ذكر من أن نكاح المكره صحيح إن كان هو الرجل ، وإن كان هو المرأة فهو فاسد فلم أر من ذكره وإن أوهم كلام القهستانى السابق ذلك ، بل عباراتهم مطلقة فى أن نكاح المكره صحيح كطلاقه وعتقه مما يصح مع الهزل ، ولفظ المكره شامل للرجل والمرأة فمن ادعى التخصيص فعليه إثباته بالنقل الصريح ، نعم فرقوا بين الرجل والمرأة فى الإكراه على الزنا فى إحدى الروايتين ، ثم رأيت فى إكراه الكافى للحاكم الشهيد ما هو صريح فى الجواز فإنه قال : ولو أكرهت على أن تزوجته بألف ومهر مثلها عشرة آلاف زوّجها أولياؤها مكرهين فالنكاح جائز ويقول القاضى للزوج : إن شئت أتمم لها مهر مثلها وهى امرأتك إن كان كفؤا لها وإلا فرق بينهما ولا شىء لها الخ فافهم (قوله وشرط حضور شاهدين) أى يشهدان على العقد ، أما الشهادة على التوكيل بالنكاح فليست بشرط لصحته كما قدمناه عن البحر ، وإنما فائدتها الإثبات عند جحود التوكيل . وفى البحر قيدنا الإشهاد بأنه خاص بالنكاح لقول الإسبيجابى : وأما سائر العقود فتنفذ بغير شهود ولكن الإشهاد عليه مستحب للآية اهـ . وفى الواقعات أنه واجب فى المداينات ، وأما الكتابة ففى عتق المحيط يستحب أن يكتب للعتق كتابا ويشهد عليه صيانة عن التجاحد كما فى المداينة بخلاف سائر التجارات للحرج لأنها مما يكثر وقوعها اهـ وينبغى أن يكون النكاح كالعتق لأنه لا حرج فيه اهـ .

مطلب الخصاف كبير فى العلم يجوز الاقتداء به

[تنبيه] أشار بقوله فيما مر ولا المنكوحة مجهولة إلى ما ذكره فى البحر هنا بقوله : ولا بد من تمييز المنكوحة عند الشاهدين لتنتفى الجهالة ، فإن كانت حاضرة منتقبة كفى الإشارة إليها والاحتياط كشف وجهها .

(حرين) أو حر وحرتين (مكلفين سامعين قولهما معا)

فإن لم يروا شخصها وسمعوا كلامها من البيت، إن كانت وحدها فيه جاز، ولو معها أخرى فلا لعدم زوال الجهالة وكذا إذا وكلت بالتزويج فهو على هذا اهـ أي إن رأوها أو كانت وحدها في البيت يجوز أن يشهدوا عليها بالتوكيل إذا جحدته وإلا فلا لاحتمال أن الموكل المرأة الأخرى وليس معناه أنه لا يصح التوكيل بدون ذلك وأنه يصير العقد عقد فضولي فيصح بالإجازة بعده قولا أو فعلا لما علمته آنفا فافهم ، ثم قال في البحر : وإن كانت غائبة ولم يسمعوا كلامها بأن عقد لها وكيلها فإن كان الشهود يعرفونها كفى ذكر اسمها إذا علموا أنه أرادها، وإن لم يعرفوها لابد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها . وجوّز الخصاف النكاح مطلقا، حتى لو وكلته فقال بحضرتهما زوجت نفسي من موكلتي أو من امرأة جعلت أمرها بيدي فإنه يصح عنده . قال قاضيخان : والخصاف كان كبيرا في العلم يجوز الاقتداء به وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى كما قال الخصاف اهـ .

قلت : في التتارخانية عن المضمرات أن الأول هو الصحيح وعليه الفتوى ، وكذا قال في البحر في فصل الوكيل والفضولي أن المختار في المذهب خلاف ما قاله الخصاف وإن كان الخصاف كبيرا اهـ وما ذكروه في المرأة يجرى مثله في الرجل. ففي الخانية قال الإمام ابن الفضل إن كان الزوج حاضرا مشارا إليه جاز ولو غائبا فلا ما لم يذكر اسمه واسم أبيه وجده، قال والاحتياط أن ينسب إلى المحلة أيضا ، قيل له فإن كان الغائب معروفا عند الشهود ؟ قال وإن كان معروفا لابد من إضافة العقد إليه ، وقد ذكرنا عن غيره في الغائبة إذا ذكر اسمها لا غير وهي معروفة عند الشهود وعلم الشهود أنه أراد تلك المرأة يجوز النكاح اهـ .

والحاصل أن الغائبة لابد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها وإن كانت معروفة عند الشهود على قول ابن الفضل، وعلى قول غيره يكفي ذكر اسمها إن كانت معروفة عندهم وإلا فلا وبه جزم صاحب الهداية في التجنيس وقال لأن المقصود من التسمية التعريف وقد حصل، وأقره في الفتح والبحر . وعلى قول الخصاف يكفي مطلقا ، ولا يخفى أنه إذا كان الشهود كثيرين لا يلزم معرفة الكل بل إذا ذكر اسمها وعرفها اثنان منهم كفى ، والظاهر أن المراد بالمعرفة أن يعرفها أن المعقود عليها هي فلانة بنت فلان الفلاني لا معرفة شخصها ، وإن ذكر الاسم غير شرط ، بل المراد الاسم أو ما يعينها مما يقوم مقامه لما في البحر : لو زوجه بنته ولم يسمها وله بنتان لم يصح للجهالة بخلاف ما إذا كانت له بنت واحدة إلا إذا سماها بغير اسمها ولم يشر إليها فإنه لا يصح كما في التجنيس اهـ . وفيه عن الذخيرة إذا كان للمزوج ابنة واحدة وللقابل ابن واحد فقال زوجت ابنتي من ابنك يجوز النكاح ، وإن كان للقابل ابنان فإن سمى أحدهما باسمه صح الخ . وفيه عن الخلاصة إذا زوجها أخوها فقال زوجت أختي ولم يسمها جاز إن كانت له أخت واحدة وانظر ما قدمناه عند قوله ولا المنكوحة مجهولة (قوله حرين الخ) قال في البحر : وشرط في الشهود : الحرية ، والعقل ، والبلوغ ، والإسلام ، فلا ينعقد بحضرة العبيد والمجانين والصبيان والكفار في نكاح المسلمين لأنه لا ولاية لهؤلاء ، ولا فرق في العبد بين القن والمدبر والمكاتب ، فلو عتق العبيد أو بلغ الصبيان بعد التحمل ثم شهدوا إن كان معهم غيرهم وقت العقد ممن ينعقد بحضورهم جازت شهادتهم لأنهم أهل للتحمل وقد انعقد العقد بغيرهم وإلا فلا كما في الخلاصة وغيرها (قوله أو حر وحرتين) كذا في الكنز وقد نسيه المصنف فذكره الشارح لدفع إيهام اختصاص الذكور في شهادة النكاح كما نبه عليه الخير الرملي (قوله سامعين قولهما معا) فلا ينعقد بحضرة النائمين والأصمين وهو قول العامة ، وتصحيح الزيلعي الانعقاد بحضرة النائمين دون الأصمين ضعيف رواه في الفتح والبحر . وأجاب في النهر بحمل النائمين على الوسنانين السامعين . واعترض بأنه حينئذ يكون محل وفاق لا خلاف . ثم قال في النهر : وينبغي أن

على الأصح (فاهمين) أنه نكاح على المذهب بحر (مسلمين لنكاح مسلمة ولو فاسقين أو محدودين فى قذف

لايختلف فى انعقاده بالأصمين إذا كان كل من الزوج والزوجة أخرس ، لأن نكاحه كما قالوا ينعقد بالإشارة حيث كانت معلومة اهـ .

قال فى الفتح : ومن اشتراط السماع ماقدمناه فى التزوج بالكتاب من أنه لابد من سماع الشهود ما فى الكتاب المشتمل على الخطبة بأن تقرأه المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول إن فلانا كتب إلى يخطبنى ثم تشهدهم أنها زوجته نفسها اهـ لكن إذا كان الكتاب بلفظ الأمر بأن كتب زوجى نفسك منى لايشترط سماع الشاهدين لما فيه بناء على أن صيغة الأمر توكيل لأنه لا يشترط الإشهاد على التوكيل ، أما على القول بأنه إيجاب فيشترط كما فى البحر وقدمنا بيانه فيما مر ، وخرج بقوله معا ما لو سمعا متفرقين بأن حضر أحدهما العقد ثم غاب وأعيد بحضرة الآخر ، أو سمع أحدهما فقط العقد فأعيد فسمعه الآخر دون الأول ، أو سمع أحدهما الإيجاب والآخر القبول ثم أعيد فسمع كل وحده مالم يسمعه أولا ، لأن فى هذه الصورة وجد عقدان لم يحضر كل واحد منهما شاهدان كما فى شرح النقاية (قوله على الأصح) راجع لقوله سامعين وقوله معا ، ومقابل الأول القول بالاكتفاء بمجرد حضورهما ، ومقابل الثانى ماعن أبى يوسف من أنه إن اتحد المجلس جاز استحسانا كما فى الفتح (قوله فاهمين الخ) قال فى البحر : جزم فى التبيين بأنه لو عقدا بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما لم يجز ، وصححه فى الجوهرة . وقال فى الظهيرية : والظاهر أنه يشترط فهم أنه نكاح ، واختاره فى الخانية فكان هو المذهب ، لكن فى الخلاصة : لو يحسنان العربية فعقدا بها والشهود لايعرفونها اختلف المشايخ فيه والأصح أنه ينعقد اهـ لقد اختلف التصحيح فى اشتراط الفهم اهـ . وحمل فى النهر مافى الخلاصة على القول باشتراط الحضور بلا سماع ولافهم : أى وهو خلاف الأصح كما مر ، ووفق الرحمتى بحمل القول بالاشتراط على اشتراط فهم أنه عقد نكاح والقول بعدمه على عدم اشتراط فهم معانى الألفاظ بعد فهم أن المراد عقد النكاح (قوله لنكاح مسلمة) قيد لقوله مسلمين احترازا عن نكاح الذمية فإنه لو تزوجها مسلم عند ذميين صح كما يأتى لكنه يوهم أن ماقبله من الشروط يشترط فى أنكحة الكفار أيضا مع أنها تصح بغير شهود إذا كانوا يدينون ذلك كما سيأتى فى بابه ، ولدفع ذلك قال فى الهداية : ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرين الخ . وقد يجاب بأن الكلام فى نكاح المسلمين بدليل أنه سيعقد لنكاح الكافر بابا على حدة . ولما كان تزوج المسلم ذمية لايشترط فيه إسلام الشاهدين احترز عنه بقوله لنكاح مسلمة (قوله ولو فاسقين الخ) اعلم أن النكاح له حكمان : حكم الانعقاد ، وحكم الإظهار ؛ فالأول ماذكره والثانى إنما يكون عند التجاحد ، فلا يقبل فى الإظهار إلا شهادة من تقبل شهادته فى سائر الأحكام كما فى شرح الطحاوى فلذا انعقد بحضور الفاسقين والأعميين والمحدودين فى قذف وإن لم يتوبا وابنى العاقدين وإن لم يقبل أداؤهم عند القاضى كانعقاده بحضرة العدوين بحر .

مطلب فى عطف الخاص على العام

(قوله أو محدودين فى قذف) أى وقد تابا قال فى النهر وهذا القيد لابد منه وإلا لزم التكرار اهـ . واعترض بأن المقصود من إطلاق المصنف الإشارة إلى خلاف الشافعى فى الفاسق المعلن والمحدود قبل التوبة ، أما المستور والمحدود التائب فلا خلاف له فيهما كما فى شرح المجمع والحقائق ، وأيضا فالمحدود أخص مطلقا من الفاسق ، وذكر الأخص بعد الأعم واقع فى أفصح الكلام على أنهم صرحوا بأنه إذا قوبل الخاص بالعام يراد به ماعدا الخاص ، لكن فى المغنى أن عطف الخاص على العام مما تفردت به الواو وحتى ، لكن الفقهاء يتسامحون فى عطفه بأو .

أو أعميين أو ابنى الزوجين أو ابنى أحدهما وإن لم يثبت النكاح بهما) بالابنين (إن ادعى القريب، كما صح نكاح مسلم ذمية عند ذميين) ولو مخالفين لدينها (وإن لم يثبت) النكاح (بهما مع إنكاره) والأصل عندنا أن كل من ملك قبول النكاح بولاية نفسه انعقد بحضرته .

(أمر) الأب (رجلا أن يزوج صغيرته فزوّجها عند رجل أو امرأتين و) الحال أن (الأب حاضر صح) لأن يجعل عاقدا حكما (وإلا لا ؛

قلت : وصرح بعضهم بجوازه بثم وبأو كما فى حديث «ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها» (قوله أو أعميين) كذا فى الهداية والكنز والوقاية والمختار والإصلاح والجوهرة وشرح النقاية والفتح والخلاصة، وهو مخالف لقوله فى الخانية ولا تقبل شهادة الأعمى عندنا لأنه لايقدر على التمييز بين المدعى والمدعى عليه والإشارة إليهما فلا يكون كلامه شهادة ولا ينعقد النكاح بحضرته اهـ والمختار ماعليه الأكثرون نوح (قوله وإن لم يثبت النكاح بهما) أى بالابنين أى بشهادتهما، فقوله بالابنين بدل من الضمير المجرور، وفى نسخة لهما أى للزوجين، وقد أشار إلى ماقدمناه من الفرق بين حكم الانعقاد ، وحكم الإظهار أى ينعقد النكاح بشهادتهما ، وإن لم يثبت بها عند التجاحد وليس هذا خاصا بالابنين كما قدمناه (قوله إن ادعى القريب) أى لو كانا ابنيه وحده أو ابنيها وحدها فادعى أحدهما النكاح وجحده الآخر لا تقبل شهادة ابنى المدعى له بل تقبل عليه ، ولو كانا ابنيهما لاتقبل شهادتهما للمدعى ولا عليه لأنها لا تخلو عن شهادتهما لأصلهما ، وكذا لو كان أحدهما ابنها والآخر ابنه لاتقبل أصلا كما فى البحر (قوله كما صح الخ) لأن الشهادة إنما شرطت فى النكاح لما فيه من إثبات ملك المتعة له عليها تعظيما لجزء الآدمى لا لثبوت ملك المهر لها عليه لأن وجوب المال لا تشترط فيه الشهادة كالبيع وغيره ، وللذمى شهادة على مثله لولايته عليه ، وهذا عندهما . وقال محمد وزفر : لايصح وتمامه فى الفتح وغيره ، وأراد بالذمية الكتابية كما فى القهستانى قال ح فخرج غير الكتابية كما سيأتى فى فصل المحرمات ودخل الحربية الكتابية وإن كره نكاحها فى دار الحرب كما ذكره الشارح فى محرمات شرح الملتقى اهـ (قوله ولو مخالفين لدينها) كما لو كانا نصرانيين وهى يهودية، وشمل إطلاقه الذميين غير الكتابيين كمجوسيين ، والظاهر أنه احترز بهما عن الحربيين لقول الزيلعى وللذمى شهادة على مثله فأفاد أن شهادة الحربى على الذمى لاتقبل والمستأمن حربى أفاده السيد أبو السعود (قوله مع إنكاره) أى إنكار المسلم العقد على الذمية ، أما عند إنكارها فمقبول عندهما مطلقا . وقال محمد : إن قالا كان معنا مسلمان وقت العقد قبل وإلا لا ، وعلى هذا الخلاف لو أسلما وأديا نهر (قوله والأصل عندنا الخ) عبارة النهر قال الإسبيجابى : والأصل أن كل من صلح أن يكون وليا فيه بولاية نفسه صلح أن يكون شاهدا فيه ، وقولنا بولاية نفسه لإخراج المكاتب فإنه وإن ملك تزويج أمته لكن لا بولاية نفسه بل بما استفاده من المولى اهـ وهذا يقتضى عدم انعقاده بالمحجور عليه ولم أره اهـ (قوله أمر الأب رجلا) أى وكله والضمير البارز فى صغيرته للأب والمستتر فى زوجها للرجل المأمور ، وكونه رجلا مثال ، فلو كان امرأة صح لكن اشترط أن يكون معها رجلا أو رجل وامرأة كما أفاد فى البحر (قوله لأنه يجعل عاقدا حكما) لأن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل، فإذا كان الموكل حاضرا كان مباشرا لأن العبارة تنتقل إليه وهو فى المجلس، وليس المباشر سوى هذا ، بخلاف ما إذا كان غائبا لأن المباشر مأخوذ فى مفهومه الحضور ، فظهر أن إنزال الحاضر مباشرا بجبرى، فاندفع ماأورده فى النهاية من أنه تكلف غير محتاج إليه فإن الأب يصلح شاهدا ، فلا حاجة إلى اعتباره مباشرا إلا فى مسألة البنت البالغة فتح ملخصا ، وتمامه فى البحر (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن حاضرا لا يصح

ولو زوج بنته البالغة) العاقلة (بمحضر شاهد واحد جاز إن) كانت ابنته (حاضرة) لأنها تجعل عاقدة (وإلا لا) الأصل أن الآمر متى حضر جعل مباشرا ، ثم إنما تقبل شهادة المأمور إذا لم يذكر أنه عقده لئلا يشهد على فعل نفسه ؛ ولو زوّج المولى عبده البالغ بحضرته وواحد لم يجز على الظاهر ؛ ولو أذن له فعقد بحضرة المولى ورجل صح ، والفرق لا يخفى (ولو قال) رجل لآخر (زوجتني ابنتك فقال) الآخر (زوجت أو)قال (نعم) مجيبا له (لم يكن نكاحا مالم يقل) الموجب بعده (قبلت) لأن زوجتني استخبار وليس بعقد ؛

لأن انتقال العبارة إليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشرا (قوله ولو زوّج بنته البالغة العاقلة) كونها بنته غير قيد ، فإنها لو وكلت رجلا غيره فكذلك كما فى الهندية ، وقيد بالبالغة لأنها لو كانت صغيرة لا يكون الولى شاهدا لأن العقد لا يمكن نقله إليها بحر ، وبالعاقلة لأن المجنونة كالصغيرة أفاده ط (قوله لأنها تجعل عاقدة)لانتقال عبارة الوكيل إليها ، وهى فى المجلس فكانت مباشرة ضرورة ، ولأنه لا يمكن جعلها شاهدة على نفسها (قوله وإلا لا) أى وإن لم تكن حاضرة لا يكون العقد نافذا بل موقوفا على إجازتها كما فى الحموى لأنه لا يكون أدنى حالا من الفضولى وعقد الفضولى ليس بباطل ط عن أبى السعود (قوله جعل مباشرا) لأنه إذا كان فى المجلس تنتقل العبارة إليه كما قدمناه (قوله ثم إنما تقبل شهادة المأمور) يعنى عند التجاحد وإرادة الإظهار ، أما من حيث الانعقاد الذى الكلام فيه فهى مقبولة مطلقا كما لا يخفى ، وأشار إلى أنه يجوز له أن يشهد إذا تولى العقد ومات الزوج وأنكرت ورثته كما حكى عن الصفار . قال : وينبغى أن يذكر العقد لا غير فيقول هذه منكوحته ، وكذلك قالوا فى الأخوين إذا زوّجا أختهما ثم أرادا أن يشهدا على النكاح ينبغى أن يقولا هذه منكوحته بحر عن الذخيرة (قوله لئلا يشهد على فعل نفسه) يرد عليه شهادة نحو القبانى والقاسم ، لأنه يقبل مع بيانه أنه فعله شرنبلالية .

أقول : لا يخفى أن العقد إنما لزم بفعل العاقد فشهادته على فعل نفسه شهادة على أنه هو الذى ألزم موجبات العقد فتلغو بخلاف القبانى والقاسم فان فعلهما غير ملزم . أما القبانى فظاهر وأما القاسم فلما فى شهادات البزازية من أن وجه القبول أن الملك لا يثبت بالقسمة بل بالتراضى أو باستعمال القرعة ثم التراضى عليه اهـ فافهم (قوله ولو زوّج المولى عبده) أى وأمته كما فى الفتح وقوله بحضرته أى العبد ، وقوله وواحد بالجر عطفا على هذا الضمير وقوله لم يجز على الظاهر ذكره فى النهر ، ونقله السيد أبو السعود عن الدراية فيما لو زوج أمته ، ولا فرق بينها وبين العبد . وذكر فى البحر أنه رجحه فى الفتح بأن مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما فى التزوج مطلقا وإلا لصح فى مسألة وكيله : أى فيما لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر فإنه لا يصح (قوله صح) وقيل لا يصح لانتقاله إلى السيد لأن العبد وكيل عنه :

قال فى الفتح : الأصح الجواز بناء على منع كونهما أى العبد والأمة وكيلين لأن الإذن فك الحجر عنهما ، فيتصرفان بعده وبأهليتهما لا بطريق النيابة (قوله والفرق لا يخفى) هو ماذكرناه عن الفتح من أن مباشرة السيد العقد ليس فكا للحجر عن العبد فى التزوج ، فلا ينتقل العقد إليه بل يبقى السيد هو العاقد ولا يصلح شاهدا ، بخلاف إذنه له به فإن العبد ممنوع عن النكاح لحق السيد لا لعدم أهليته فبالإذن يصير أصيلا لا نائبا فلا ينتقل العقد إلى السيد ويصلح شاهدا فيصح بحضرته (قوله مالم يقل الموجب بعده) أى بعد قول الآخر زوجت أو نعم لأن قول الآخر ذلك يكون إيجابا فيحتاج إلى قول الأول قبلت ، وسماه موجبا نظرا إلى الصورة (قوله لأن زوجتنى استخبار) المسألة من الخانية ، وتقدم أنه لو صرح بالاستفهام فقال هل أعطيتنيها فقال أعطيتكها ؛ وكان المجلس للنكاح ينعقد فهذا أولى بالانعقاد ، فأما أن يكون فى المسألة روايتان أو يحمل هذا على أن المجلس ليس لعقد النكاح

بخلاف زوجنى لأنه توكيل (غلط وكيلها بالنكاح فى اسم أبيها بغير حضورها لم يصح) للجهالة ، وكذا لو غلط فى اسم بنته إلا إذا كانت حاضرة وأشار إليها فيصح؛ ولو له بنتان أراد تزويج الكبرى فغلط فسماها باسم الصغرى

وقال فى كافى الحاكم : وإذا قال رجل لامرأة أتزوجك بكذا أم كذا فقالت : قد فعلت فهو بمنزلة قوله : قد تزوجتك وليس يحتاج فى هذا إلى أن يقول الزوج قد قبلت. وكذلك إذا قال قد خطبتك إلى نفسى بألف درهم فقالت قد زوجتك نفسى هذا كله جائز إذا كان عليه شهود ، لأن هذا كلام الناس وليس بقياس اهـ رحمتى (قوله لأنه توكيل) أى فيكون كلام الثانى قائما مقام الطرفين ، وقيل إنه إيجاب وهو مافيه ط (قوله لم يصح) لأن الغائبة يشترط ذكر اسمها واسم أبيها وجدها ، وتقدم أنه إذا عرفها الشهود يكفى ذكر اسمها فقط خلافا لابن الفضل وعند الخصاف يكفى مطلقا . والظاهر أنه فى مسألتنا لايصح عند الكل لأن ذكر الاسم وحده لايصرفها عن المراد إلى غيره ؛ بخلاف ذكر الاسم منسوبا إلى أب آخر ، فإن فاطمة بنت أحمد لا تصدق على فاطمة بنت محمد تأمل ، وكذا يقال فيما لو غلط فى اسمها (قوله إلا إذا كانت حاضرة الخ) راجع إلى المسألتين : أى فانها لو كانت مشارا إليها وغلط فى اسم أبيها أو اسمها لايضر لأن تعريف الإشارة الحسية أقوى من التسمية ، لما فى التسمية من الاشتراك لعارض فتلغو التسمية عندها ، كما لو قال اقتديت بزيد هذا فإذا هو عمرو فإنه يصح (قوله ولو له بنتان الخ) أى بأن كان اسم الكبرى مثلا عائشة والصغرى فاطمة. فقال زوّجتك بنتى الكبرى فاطمة وقبل صح العقد عليها وإن كانت عائشة هى المرادة وهذا إذا لم يصفها بالكبرى ، أما لوقال زوجتك بنتى الكبرى فاطمة فى الولوالجية : يجب أن لاينعقد العقد على إحداهما لأنه ليس له ابنة كبرى بهذا الاسم اهـ ونحوه فى الفتح عن الخانية ، ولاتنفع النية هنا ولا معرفة الشهود بعد صرف اللفظ عن المراد كما قلنا . ونظير هذا مافى البحر عن الظهيرية : لو قال أبو الصغيرة لأبى الصغير زوجت ابنتى ولم يزد عليه شيئا فقال أبو الصغير قبلت يقع النكاح للأب هو الصحيح ، ويجب أن يحتاط فيه فيقول قبلت لابنى اهـ. وقال فى الفتح بعد أن ذكر المسألة بالفارسية : يجوز النكاح على الأب وإن جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لأن الأب أضافه إلى نفسه بخلاف مالو قال أبو الصغيرة زوجت بنتى من ابنك فقال أبو الابن قبلت ولم يقل لابنى يجوز النكاح للابن لإضافة المزوج النكاح إلى الابن بيقين وقول القابل جواب له ، والجواب يتقيد بالأول فصار كما لو قال قبلت لابنى اهـ .

قلت : وبه يعلم بالأولى حكم ما يكثر وقوعه حيث يقول زوج ابنتك لابنى ، فيقول له زوجتك ، فيقول الأول قبلت فيقع العقد للأب والناس عنه غافلون ، وقد سئلت عنه فأجبت بذلك، وبأنه لا يمكن للأب تطليقها وعقده للابن ثانيا لحرمتها على الابن مؤبدا ، ومثله ما يقع كثيرا أيضا حيث يقول زوجتنى بنتك لابنى ، فيقول زوجتك ، فإن قال الأول قبلت انعقد النكاح لنفسه ، وإلا لم ينعقد أصلا لا له ولا لابنه كما أفتى به فى الخيرية ، وبقى ما إذا قال زوج ابنتك من ابنى فقال : وهبتها لك أو زوجتها لك ، فيصح للابن بخلاف مامر عن الظهيرية لأنه ليس فيه إلا الخطبة أما هنا فقوله زوج ابنتك من ابنى توكيل ، حتى لم يحتج بعده إلى قبول فيصير قول الآخر وهبتها لك معناه زوجتها لابنك لأجلك ، ولا فرق في العرف بين زوّجتها لك ووهبتها لك كذا حرره فى الفتاوى الخيرية ، والظاهر أنه لو قال :زوجتك لايصح لأحد إلا إذا قال الآخر قبلت فيصح له، وبقى أيضا قولهم زوجتك بنتى لابنك فيقول قبلت ، ويظهر لى أنه ينعقد للأب لإسناد التزويج ، وقول أبى البنت لابنك معناه لأجل ابنك فلا يفيد ، وكذا لو قال الآخر قبلت لابنى لا يفيد أيضا ، نعم لو قال أعطيتك بنتى لابنك فيقول قبلت فالظاهر أنه ينعقد للابن ، لأن قوله أعطيتك بنتى لابنك معناه فى العرف أعطيتك بنتى زوجة لابنك ، وهذا المعنى وإن كان

صح للصغرى خانية (ولو بعث) مريد النكاح (أقواما للخطبة فزوجها الأب) أو الولى (بحضرتهم صح) فيجعل المتكلم فقط خاطبا والباقى شهودا ، به يفتى فتح .

[فروع] قال زوجنى ابنتك على أن أمرها بيدك لم يكن له الأمر لأنه تفويض قبل النكاح .

وكله بأن يزوجه فلانة بكذا فزاد الوكيل فى المهر لم ينفذ ، فلو لم يعلم حتى دخل بقى الخيار بين إجازته وفسخه ولها الأقل من المسمى ومهر المثل لأن الموقوف كالفاسد .

تزوج بشهادة الله ورسوله لم يجز ، بل قيل يكفر ، والله أعلم .

هو المراد عرفا من قولهم زوجتك بنتى لابنك ، لكنه لايساعده اللفظ كما علمت ، والنية وحدها لاتنفع كما مر ، والله سبحانه أعلم وأما مافى الخيرية فيمن خطب لابنه بنت أخيه فقال أبوها زوجتك بنتى فلانة لابنك وقال الآخر تزوجت أجاب لا ينعقد لأن التزوج غير التزويج اه ففيه نظر ، بل لم ينعقد للابن لقول أبى البنت زوجتك بكاف الخطاب ، ولا لأبيه لكونه عم البنت ، حتى لو كان أجنبيا عنها انعقد النكاح له ، بل هو أولى بالانعقاد له من المسألة المارة عن الظهيرية لحصول الإضافة له فى الإيجاب والقبول ، بخلاف مافى الظهيرية ، وكون مصدر زوجتك التزويج ، ومصدر تزوجت التزوج لايظهر وجها إذ لايلزم اتحاد المادة فى الإيجاب والقبول فضلا عن اتحاد الصيغة فلو قال زوجتك فقال قبلت أو رضيت جاز فتأمل (قوله صح الخ) فى الفتح عن الفتاوى قيل لايصح وإن قبل عن الزوج إنسان واحد لأنه نكاح بغير شهود ، لأن القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا ، لأن التعارف هكذا أن يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لايصير شاهدا ، وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لأنه ضرورة فى جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم فقط والباقى شهود اه. ونقل بعده فى البحر عن الخلاصة أن المختار عدم الجواز اه . ولا يخفى أن لفظ الفتوى آكد ألفاظ التصحيح ، ووفق بعضهم بحمل مافى الخلاصة على ما إذا قبلوا جميعا .

وأقول : ينافيه قول الخلاصة وقيل واحد من القوم ، ومثله مامر عن الفتح : وإن قبل عن الزوج إنسان واحد فافهم (قوله لم يكن له الأمر الخ) ذكر الشارح فى آخر باب الأمر باليد نكحها على أن أمرها بيدها صح اه لكن ذكر فى البحر هناك أن هذا لو ابتدأت المرأة فقالت زوجت نفسى على أن أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أريد أو على أنى طالق فقال : قبلت وقع الطلاق وصار الأمر بيدها ، أما لو بدأ هو لا تطلق ولايصير الأمر بيدها اه (قوله بقى الخيار) أى للموكل (قوله ولها الأقل) أى إذا اختار الفسخ ، فإن كان المسمى أقل من مهر مثلها فهو لها لأنها رضيت به فكانت مسقطة ما زاد عنه إلى مهر المثل وإن كان مهر المثل أقل فهو لها لأن الزيادة عليه لم تلزم إلا بالتسمية فى ضمن العقد ، فإذا فسد العقد فسد مافى ضمنه ؛ ولما كان العقد هنا موقوفا لافاسدا أجاب بقوله لأن الموقوف كالفاسد أفاده الرحمتى ، وبه ظهر أن المراد بالمسمى ماسماه الوكيل لها لا ما سماه الموكل للوكيل فإنه لاوجه له فافهم (قوله قيل يكفر) لأنه اعتقد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عالم الغيب قال فى التاترخانية : وفى الحجة ذكر فى الملتقط أنه لايكفر لأن الأشياء تعرض على روح النبى صلى الله عليه وسلم ، وأن الرسل يعرفون بعض الغيب قال تعالى — عالم الغيب فلا يظهر على غيبه أحدا إلا من ارتضى من رسول — اه .

قلت : بل ذكروا فى كتب العقائد أن من جملة كرامات الأولياء الاطلاع على بعض المغيبات وردوا على المعتزلة المستدلين بهذه الآية على نفيها بأن المراد الإظهار بلا واسطة ، والمراد من الرسول الملك : أى لايظهر على غيبه بلا واسطة إلا الملك ، أما النبى والأولياء فيظهرهم عليه بواسطة الملك أو غيره ، وقد بسطنا الكلام على هذه المسألة فى رسالتنا المسماة [سل الحسام الهندى لنصرة سيدنا خالد النقشبندى] فراجعها فإن فيها فوائد نفيسة ، والله تعالى أعلم .

فصل فى المحرمات

أسباب التحريم أنواع : قرابة ، مصاهرة ، رضاع ، جمع ، ملك ، شرك . إدخال أمة على حرة ، فهى سبعة : ذكرها المصنف بهذا الترتيب وبقى التطليق ثلاثا ، وتعلق حق الغير بنكاح أو عدة ذكرهما فى الرجعة .
(حرم) على المتزوج

فصل فى المحرمات

شروع فى بيان شرط النكاح أيضا ، فإن منه كون المرأة محللة لتصير محلا له وأفرد بفصل على حدة لكثرة شعبه بحر (قوله قرابة) كفروعه وهم بناته وبنات أولاده وإن سفلن ، وأصوله وهم أمهاته وأمهات أمهاته وآبائه وإن علون وفروع أبويه وإن نزلن فتحرم بنات الإخوة والأخوات وبنات أولاد الإخوة والأخوات ، وإن نزلن وفروع أجداده وجداته ببطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات وتحل بنات العمات والأعمام والخالات والأخوال فتح (قوله مصاهرة) كفروع نسائه المدخول بهن وإن نزلن ، وأمهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وإن علون وإن لم يدخل بالزوجات . وتحرم موطوءات آبائه وأجداده وإن علوا ولو بزنى والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وموطوءات أبنائه وأبناء أولاده وإن سفلوا ولو بزنى والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح فتح ، وكذا المقبلات أو الملموسات بشهوة لأصوله أو فروعه أو من قبل أو لمس أصولهن أو فروعهن (قوله رضاع) فيحرم به مايحرم من النسب إلا ما استثنى كما سيأتى فى بابه ، وهذه الثلاثة محرمة على التأبيد (قوله جمع) أى بين المحارم كأختين ونحوهما أو بين الأجنبيات زيادة على أربع (قوله ملك) كنكاح السيد أمته والسيدة عبدها فتح ، وعبر بدل الملك بالتنافى : أى لأن المالكية تنافى المملوكية كما سيأتى بيانه ، وشمل ملكه لبعضها أو ملكها لبعضه (قوله شرك) عبارة الفتح عدم الدين السماوى كالمجوسية والمشركة اه وتشمل أيضا المرتدة ونافية الصانع تعالى (قوله إدخال أمة على حرة) أدخله الزيلعى فى حرمة الجمع فقال : وحرمة الجمع بين الحرة والأمة والحرة متقدمة وهو الأنسب بحر : أى للضبط وتقابل الأقسام وكذا فعل فى الفتح لكن الأولى أن يقال والحرة غير متأخرة ليشمل مالو تزوجهما فى عقد واحد ؛ ففى الزيلعى صح نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة (قوله وبقى الخ) زاد فى شرحه على الملتقى اثنين آخرين أيضا حيث قال قلت : وبقى من المحرمات الخنثى المشكل لجواز ذكورته والجنية وإنسان الماء لاختلاف الجنس اه .

قلت : وكأنه استغنى هنا عن ذكرهما بما قدمه أول النكاح ويزاد خامس سيذكره فى بابه وهو حرمة اللعان ، وقد نظمت السبعة مع الخمسة المزيدة بقولى :

أنواع تحريم النكاح سبع ... قرابة ملك رضاع جمع
كذاك شرك نسبة المصاهره ... وأمة عن حرة مؤخره
وزيد خمسة أتتك بالبيان ... تطليقه لها ثلاثا واللعان
تعلق بحق غير من نكاح ... أوعدة خنوثة بلا اتضاح
وآخر الكل اختلاف الجنس ... كالجن والمائى لنوع الإنس

(قوله حرم على المتزوج) أى مريد التزوج ، وقوله : ذكرا كان أوأنثى بيان لفائدة إرجاع الضمير إلى المتزوج الشامل لهما لا إلى الرجل ، فإن مايحرم على الرجل يحرم على الأنثى إلا مايختص بأحد الفريقين بدليله ، فالمراد هنا

ذكرا كان أو أنثى نكاح (أصله وفروعه) علا أونزل (وبنت أخيه وأخته وبنتها) ولو من زنى (وعمته وخالته) فهذه السبعة

أن الرجل كما يحرم عليه تزوج أصله أو فرعه كذلك يحرم على المرأة تزوج أصلها أو فرعها ، وكما يحرم عليه تزوج بنت أخيه يحرم عليها تزوج ابن أخيها وهكذا ، فيؤخذ فى جانب المرأة نظير مايؤخذ فى جانب الرجل لاعينه وهذا معنى قوله فى المنح : كما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة أن تتزوج بنظير من ذكر اه فلا يقال إنه يلزم أن يصير المعنى يحرم على المرأة أن تتزوج بنت أخيها لأن نظير بنت الأخ فى جانب الرجل ابن الأخ فى جانب المرأة . ولا يرد أيضا أنه يلزم من حرمة تزوج الرجل بأصله كأمه حرمة زوجها بفرعها لأن التصريح باللازم غير معيب فافهم (قوله علا أو نزل) نشر على ترتيب اللف . وتفكيك الضمائر إذا ظهر المراد يقع فى الكلام الفصيح فافهم (قوله وأخته) عطف على بنت لاعلى أخيه بقرينة قوله وبنتها لكنه مجرور بالنظر للشرح مرفوع بالنظر للمتن ح لأن المضاف وهو نكاح الداخل على قوله أصله من كلام الشارح (قوله ولو من زنى) أى بأن يزنى الزانى ببكر ويمسكها حتى تلد بنتا بحر عن الفتح . قال الحانوتى : ولا يتصور كونها ابنته من الزنى إلا بذلك إذ لا يعلم كون الولد منه إلا به اه أى لأنه لو لم يمسكها يحتمل أن غيره زنى بها لعدم الفراش النافى لذلك الاحتمال . قال ح قوله : ولو من زنى تعميم بالنظر إلى كل ماقبله : أى لافرق فى أصله أوفرعه أو أخته أن يكون من الزنى أولا ، وكذا إذا كان له أخ من الزنى له بنت من النكاح ، أو من النكاح له بنت من الزنى ، وعلى قياسه قوله وبنتها وعمته وخالته : أى أخته من النكاح لها بنت من الزنى أومن الزنى لها بنت من النكاح ، أو من الزنى لها بنت من الزنى وكذا أبوه من النكاح له أخت من الزنى أو من الزنى له أخت من النكاح أو من الزنى له أخت من الزنى وكذا أمه من النكاح لها أخت من الزنى أو من الزنى لها أخت من النكاح أو من الزنى لها أخت من الزنى .

إذا عرفت هذا فكان ينبغى أن يؤخر التعميم عن قوله وخالته اه .

قلت : لكن ما ذكره الشارح أحوط لأنه اقتصر على ما رآه منقولا فى البحر عن الفتح حيث قال : ودخل فى البنت بنته من الزنى فتحرم عليه بصريح النص لأنها بنته لغة والخطاب إنما هو باللغة العربية مالم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولا شرعيا . وكذا أخته من الزنى وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه اه فلو أخر التعميم عن الكل كان غير مصيب فى اتباع النقل ؛ على أن ما ذكره فى البحر هنا مخالف لما ذكره نفسه فى كتاب الرضاع من أن البنت من الزنى لا تحرم على عم الزانى وخاله لأنه لم يثبت نسبها من الزانى حتى يظهر فيها حكم القرابة ، وأما التحريم على آباء الزانى وأولاده فلا عتبار الجزئية ولا جزئية بينها وبين العم والخال اه . ومثله فى الفتح هناك عن التجنيس وسنذكر عبارة التجنيس قريبا فافهم .

[تنبيه] ذكر فى البحر أنه دخل بنت الملاعنة أيضا فلها حكم البنت هنا لأنه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه كما فى الفتح قال : وقدمنا فى باب المصرف عن المعراج أن ولد أم الولد الذى نفاه لايجوز دفع الزكاة إليه ، ومقتضاه ثبوت البنتية فيما يبنى على الاحتياط ، فلايجوز لولده أن يتزوجها لأنها أخته احتياطا ويتوقف على نقل ويمكن أن يقال فى بنت الملاعنة إنما تحرم باعتبار أنها ربيبة وقد دخل بأمها لانا تكلفه فى الفتح كما لايخفى انتهى لكن ثبوت اللعان لا يتوقف على الدخول بأمها وحينئذ فلا يلزم أن تكون ربيبته نهر (قوله فهذه السبعة الخ) لكن اختلف فى توجيه حرمة الجدات وبنات البنات ؛ فقيل بوضع اللفظ وحقيقته لأن الأم فى اللغة الأصل والبنت الفرع فيكون الاسم حينئذ من قبيل المشكك وقيل بعموم المجاز ، وقيل بدلالة النص والكل صحيح وتمامه فى البحر

مذكورة فى آية — حرمت عليكم أمهاتكم — ويدخل عمة جده وجدته وخالتهما الأشقاء وغيرهن ، وأما عمة عمة أمه وخالة خالة أبيه حلال كبنت عمه وعمته وخاله وخالته ، لقوله تعالى — وأحل لكم ما وراء ذلكم — (و) حرم المصاهرة (بنت زوجته الموطوءة وأم زوجته) وجداتها مطلقا بمجرد العقد الصحيح (وإن لم توطأ) الزوجة

وأفاد أن حرمة البنت من الزنى بصريح النص المذكور كما تقدم (قوله ويدخل عمة جده وجدته) أى فى قول المتن وعمته كما دخلت فى قوله تعالى — وعماتكم — ومثله قوله : وخالتهما كما فى الزيلعى ح (قوله الأشقاء وغيرهن) لايختص هذا التعميم بالعمة والخالة فإن جميع ماتقدم سوى الأصل والفرع كذلك كما أفاده الإطلاق لكن فائدة التصريح به هنا التنبيه على مخالفته لما بعده كما تعرفه فافهم (قوله وأما عمة عمة أمه الخ) قال فى النهر : وأما عمة العمة وخالة الخالة فإن كانت العمة القربى لأمه لا تحرم وإلا حرمت ، وإن كانت الخالة القربى لأبيه لا تحرم وإلا حرمت لأن أبا العمة حينئذ يكون زوج أم أبيه ، فعمتها أخت زوج الجدة ثم الأب وأخت زوج الأم لا تحرم فأخت زوج الجدة بالأولى وأم الخالة القربى تكون امرأة الجد أبى الأم فأختها أخت امرأة أبى الأم وأخت امرأة الجد لا تحرم اهـ . والمراد من قوله لأمه أن تكون العمة أخت أبيه لأم احترازا عما إذا كانت أخت أبيه لأب أو لأب وأم فإن عمة هذه العمة لاتحل لأنها تكون أخت الجد أبى الأب ، والمراد من قوله وإن كانت الخالة القربى لأبيه أن تكون أخت أمه لأبيها احتراز عما إذا كانت أختها لأمها أو شقيقة ، فإن خالة هذه الخالة تكون أخت جدته أم أمه ، فلا تحل وكأن الشارح فهم من قول النهر لأمه وقوله لأبيه أن الضمير فيهما راجع إلى مريد النكاح كما هو المتبادر منه فقال ماقال ، وليس كذلك لما علمته فكان عليه أن يقول : وأما عمة العمة لأم وخالة الخالة لأب . ويمكن تصحيح كلامه بأن تقيد العمة القربى بكونها أخت الجد لأمه والخالة القربى بكونها أخت الجدة لأبيها كما أوضحه المحشى وأما على إطلاقه فغير صحيح (قوله بنت زوجته الموطوءة) أى سواء كانت فى حجره أى كنفه ونفقته أولا ، ذكر الحجر فى الآية خرج مخرج العادة أو ذكر للتشنيع عليهم كما فى البحر . واحترز بالموطوءة عن غيرها ، فلا تحرم بنتها بمجرد العقد . وفى ح عن الهندية أن الخلوة بالزوجة لاتقوم مقام الوطء فى تحريم بنتها اهـ .

قلت : لكن فى التجنيس عن أجناس الناطفى قال فى نوادر أبى يوسف إذا خلا بها فى صوم رمضان أو حال إحرامه لم يحل له أن يتزوج بنتها . وقال محمد يحل فإن الزوج لم يجعل واطئا حتى كان لها نصف المهر اهـ وظاهره أن الخلاف فى الخلوة الفاسدة ، أما الصحيحة فلا خلاف فى أنها تحرم البنت تأمل وسيأتى تمام الكلام عليه فى باب المهر عند ذكر أحكام الخلوة . ويشترط وطؤها فى حال كونها مشتهاة : أما لو دخل بها صغيرة لا تشتهى فطلقها فاعتدت بالأشهر ثم تزوجت بغيره فجاءت ببنت حل لواطئ أمها قبل الاشتهاء التزوج بها كما يأتى متنا وكذا يشترط فيه أن يكون فى حال الوطء مشتهى كما نذكره هناك (قوله وأم زوجته) خرج أم أمته فلا تحرم إلا بالوطء أو دواعيه لأن لفظ النساء إذا أضيف إلى الأزواج كان المراد منه الحرائر كما فى الظهار والإيلاء بحر ، وأراد بالحرائر النساء المعقود عليهن ولو أمة لغيره كما أفاده الرحتى وأبو السعود (قوله وجداتها مطلقا) أى من قبل أبيها وأمها وإن علون بحر (قوله بمجرد العقد الصحيح) يفسره قوله وإن لم توطأ ح (قوله الصحيح) احتراز عن النكاح الفاسد ، فإنه لايوجب بمجرده حرمة المصاهرة بل بالوطء أو مايقوم مقامه من المس بشهوة والنظر بشهوة ، لأن الإضافة لاتثبت إلا بالعقد الصحيح بحر : أى الإضافة إلى الضمير فى قوله تعالى — وأمهات نسائكم أو فى قوله وأم زوجته ويوجد فى بعض النسخ زيادة قوله فالفاسد لا يحرم إلا بمس بشهوة ونحوه (قوله الزوجة) أبدله فى الدرر بالأم وهو سبق قلم

لما تقرر أن وطء الأمهات يحرم البنات، ونكاح البنات يحرم الأمهات، ويدخل بنات الربيبة والربيب. وفي الكشاف واللمس ونحوه كالدخول عند أبي حنيفة وأقره المصنف (وزوجة أصله وفرعه مطلقا) ولو بعيدا دخل بها أولا. وأما بنت زوجة أبيه أو ابنه فحلال (و) حرم (الكل) مما مر تحريمه نسبا ومصاهرة (رضاعا) إلا ما استثنى في بابه.

[فروع] يقع مغلطة فيقال: طلق امرأته تطليقتين، ولها منه لبن فاعتدت، فنكحت صغيرا فأرضعته، فحرمت عليه فنكحت آخر فدخل بها

(قوله ويدخل) أي في قوله وبنت زوجته بنات الربيبة والربيب وثبتت حرمتهن بالإجماع وقوله تعالى –وربائبكم– بحر (قوله وفي الكشاف الخ) تبع في النقل عنه صاحب البحر. ولا يخفى أن المتون طافحة بأن اللمس ونحوه كالوطء في إيجابه حرمة المصاهرة من غير اختصاص بموضع دون موضع، لكن لما كانت الآية مصرحة بحرمة الربائب بقيد الدخول وبعدمها عند عدمه كان ذلك مظنة أن يتوهم أن خصوص الدخول هنا لابد منه، وأن تصريحهم بأن اللمس ونحوه يوجب حرمة المصاهرة مخصوص بما عدا الربائب لظاهر الآية فنقل التصريح عن أبي حنيفة بأنه قائم مقام الوطء هنا لدفع ذلك الوهم، ولبيان أنه ليس من تخريجات المشايخ وكأنه لم يجد التصريح به هنا عن أبي حنيفة إلا في الكشاف فنقل ذلك عنه لأن الزمخشري من مشايخ المذهب وهو حجة في النقل، ولكون الموضع موضع خفاء أكد ذلك بقوله وأقره المصنف فافهم (قوله وزوجة أصله وفرعه) لقوله تعالى –ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم– وقوله تعالى – وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم – والحليلة الزوجة وأما حرمة الموطوءة بغير عقد فبدليل آخر وذكر الأصلاب لإسقاط حليلة الابن المتبنى لا لإحلال حليلة الابن رضاعا فإنها تحرم كالنسب بحر وغيره (قوله ولو بعيدا الخ) بيان للإطلاق أي ولو كان الأصل أو الفرع بعيدا كالجد وإن علا وابن الابن وإن سفل. وتحرم زوجة الأصل والفرع بمجرد العقد دخل بها أولا (قوله وأما بنت زوجة أبيه أو ابنه فحلال) وكذا بنت ابنها بحر قال الخير الرملي: ولا تحرم بنت زوج الأم ولا أمه ولا أم زوجة الأب ولا بنتها ولا أم زوجة الابن ولا بنتها ولا زوجة الربيب ولا زوجة الراب اهـ (قوله نسبا) تمييز عن نسبة تحريم لضمير المضاف إليه، وكذا قوله مصاهرة وقوله رضاعا تمييز عن نسبة تحريم إلى الكل، يعني يحرم من الرضاع أصوله وفروعه وفروع أبويه وفروعهم، وكذا فروع أجداده وجداته الصلبيون، وفروع زوجته وأصولها وفروع زوجها وأصوله وحلائل أصوله وفروعه، وقوله: إلا ما استثنى أي استثناء منقطعا، وهو تسع صور تصل بالبسط إلى مائة وثمانية كما سنحققه ح.

[تنبيه] مقتضى قوله والكل رضاعا مع قوله سابقا ولو من زنى حرمة فرع المزنية وأصلها رضاعا، وفي القهستاني عن شرح الطحاوي عدم الحرمة، ثم قال: لكن في النظم وغيره أنه يحرم كل من الزاني والمزنية على أصل الآخر وفرعه رضاعا اهـ، ومقتضى تقييده بالفرع والأصل أنه لا خلاف في عدم الحرمة على غيرهما من الحواشي كالأخ والعم. وفي التجنيس زنى بامرأة فولدت فأرضعت بهذا اللبن صبية لا يجوز لهذا الزاني تزوجها ولا لأصوله وفروعه، والعم الزاني التزوج بها، كما لو كانت ولدت له من الزنى، والخال مثله لأنه لم يثبت نسبها من الزاني، حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على أبي الزاني وأولاده وأولادهم لاعتبار الجزئية ولا جزئية بينها وبين العم، وإذا ثبت ذلك في المتولدة من الزنى فكذا في المرضعة بلبن الزنى اهـ.

قلت: وهذا مخالف لما مر من التعميم في قول الشارح: ولو من زنى كما نبهنا عليه هناك (قوله تقع مغلطة) كمفعلة محل الغلط أو بتشديد اللام المكسورة وضم الميم أي مسألة تغلط من يجيب عنها بلا تأمل فيها (قوله ولها منه لبن) أي نزل منها بسبب ولادتها منه (قوله فحرمت عليه) لكونها صارت أمه رضاعا (قوله فدخل بها)

فأباتها فهل تعود للأول بواحدة أم بثلاث ؟ الجواب : لا تعود إليه أبداً لصيرورتها حليلة ابنه رضاعا .

شرى أمة أبيه لم تحل له إن علم أنه وطئها .

تزوج بكرا فوجدها ثيباً وقالت أبوك فضني ، إن صدقها بانت بلامهر وإلا ، لاشيء (و) حرم أيضاً بالصهرية (أصل مزنيته) أراد بالزنى الوطء الحرام (و) أصل (ممسوسته بشهوة) ولو لشعر على الرأس بحائل لايمنع الحرارة

قيد به ليمكن توهم إحلالها للأول والصغير لايمكن منه الدخول (قوله بواحدة أم بثلاث) الأول بناء على القول بأن الزوج الثاني لايهدم مادون الثلاث ، والثاني بناء على القول بأنه يهدمه كما سيأتي في بابه (قوله لصيرورتها حليلة ابنه رضاعا) لأن ثبوت البنوّة بالإرضاع مقارن للزوجية ، فيصح وصفها بكونها زوجة ابنه وابنها رضاعا ، وكذا إن قلنا إن ثبوت البنوة عارض على الزوجية ومعاقب لها لأنه لايلزم اجتماع الوصفين في وقت واحد ، ولذا تحرم عليه ربيبته المولودة بعد طلاقه أمها وزوجة أبيه من الرضاع المطلقة قبل ارتضاعه فافهم (قوله إن علم أنه وطئها) فإن علم عدم الوطء أو شك تحل اهـ ح . والمراد بالعلم مايشمل غلبة الظن إذ حصول العلم اليقيني في ذلك نادر ، ومنه إخبار الأب بأنه وطئها وهي في ملكه : في البحر عن المحيط : رجل له جارية فقال قد وطئتها لا تحل لابنه ، وإن كانت في غير ملكه فقال : قد وطئتها يحل لابنه أن يكذبه ويطأها لأن الظاهر يشهد له اهـ أي يشهد للابن ، والظاهر أن المراد الإخبار بأن الوطء كان في غير ملكه ، أما لو كانت في ملكه ثم باعها ثم أخبر بأنه وطئها حين كانت في ملكه لا تحل لابنه تأمل (قوله فوجدها ثيبا) أي حين أراد جماعها كما في البحر والمنح وذلك بإخبارها أو بأمر غير الجماع ؛ أما لو جامعها فوجدها ثيبا وجب عليه مهر مثلها لوطء الشبهة والوطء في دار الإسلام لايخلو عن عقر أو عقر رحمي (قوله وحرم أيضا بالصهرية أصل مزنيته) قال في البحر : أراد بحرمة المصاهرة الحرمات الأربع حرمة المرأة على أصول الزاني وفروعه نسبا ورضاعا وحرمة أصولها وفروعها على الزاني نسبا ورضاعا كما في الوطء الحلال ويحل لأصول الزاني وفروعه أصول المزني بها وفروعها اهـ . ومثله ما قدمناه قريبا عن القهستاني عن النظم وغيره ، وقوله : ويحل الخ أي كما يحل ذلك بالوطء الحلال وتقييده بالحرمات الأربع مخرج لما عداها وتقدم آنفا الكلام عليه (قوله أراد بالزنى الوطء الحرام) لأن الزنى وطء مكلف في فرج مشتهاة ولو ماضيا خال عن الملك وشبهته ، وكذا تثبت حرمة المصاهرة لو وطئ المنكوحة فاسدا أو المشتراة فاسدا أو الجارية المشتركة أو المكاتبة أو المصاهر منها أو الأمة المجوسية أو زوجته الحائض أو النفساء أو كان محرما أو صائما وإنما قيد بالزنى لأن فيه خلاف الشافعي ، وليفيد أنها لاتثبت بالوطء بالدبر كما يأتي خلافا للأوزاعي وأحمد . قال في الفتح : وبقولنا قال مالك في رواية وأحمد ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الأصح وعمران بن الحصين وجابر وأبي وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والأوزاعي وطاوس ومجاهد وعطاء وابن المسيب وسليمان بن يسار وحماد والثوري وابن راهويه وتمامه مع بسط الدليل فيه (قوله وأصل ممسوسته الخ) لأن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط هداية ، واستدل لذلك في الفتح بالأحاديث والآثار عن الصحابة والتابعين (قوله بشهوة) أي ولو من أحدهما كما سيأتي (قوله ولو لشعر على الرأس) خرج به المسترسل وظاهر مافي الخانية ترجيح أن مس الشعر غير محرم ، وجزم في المحيط بخلافه ورجحه في البحر ؛ وفصل في الخلاصة فخص التحريم بما على الرأس دون المسترسل وجزم به في الجوهرة وجعله في النهر محمل القولين وهو ظاهر فلذا جزم به في الشارح (قوله بحائل لايمنع الحرارة) أي ولو بحائل الخ ، فلو كان مانعا لاتثبت الحرمة ، كذا في أكثر الكتب ، وكذا لو جامعها بخرقة على ذكره ، فما في الذخيرة من أن الإمام ظهير الدين يفتي بالحرمة في القبلة على الفم والذقن والخد والرأس وإن كان على المقنعة

(وأصل ماسته وناظرة إلى ذكره والمنظور إلى فرجها) المدور (الداخل) ولو نظره من زجاج أو ماء هى فيه (وفروعهن) مطلقا والعبرة للشهوة عند المس والنظر لا بعدهما وحدها فيهما تحرك آلته أو زيادته به يفتى وفى امرأة ونحو شيخ كبير تحرك قلبه أو زيادته وفى الجوهرة : لا يشترط فى النظر لفرج تحريك آلته به يفتى هذا إذا لم ينزل فلو أنزل مع مس أو نظر فلا حرمة به يفتى

محمول على ما إذا كانت رقيقة تصل الحرارة معها بحر (قوله وأصل ماسته) أى بشهوة قال فى الفتح : وثبوت الحرمة بلمسها مشروط بأن يصدقها ، ويقع فى أكبر رأيه صدقها وعلى هذا ينبغى أن يقال فى مسه إياها لا تحرم على أبيه وابنه إلا أن يصدقاه أو يغلب على ظنهما صدقه . ثم رأيت عن أبى يوسف مايفيد ذلك اهـ . (قوله وناظرة) أى بشهوة (قوله والمنظور إلى فرجها) قيد بالفرج لأن ظاهر الذخيرة وغيرها أنهم اتفقوا على أن النظر بشهوة إلى سائر أعضائها لا عبرة به ماعدا الفرج ، وحينئذ فاطلاق الكنز فى محل التقييد بحر (قوله المدور الداخل) اختاره فى الهداية وصححه فى المحيط والذخيرة : وفى الخانية وعليه الفتوى وفى الفتح ، وهو ظاهر الرواية لأن هذا حكم تعلق بالفرج ، والداخل فرج من كل وجه ، والخارج فرج من وجه والاحتراز عن الخارج متعذر ، فسقط اعتباره ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت متكئة بحر فلو كانت قائمة أو جالسة غير مستندة لا تثبت الحرمة إسمعيل وقيل : تثبت بالنظر إلى منابت الشعر وقيل إلى الشق وصححه فى الخلاصة بحر (قوله أو ماء هى فيه) احترازا عما إذا كانت فوق الماء فرآه من الماء كما يأتى (قوله وفروعهن) بالرفع عطفا على أصل مزيته وفيه تغليب المؤنث على المذكر بالنسبة إلى قوله وناظرة إلى ذكره (قوله مطلقا) يرجع إلى الأصول والفروع أى وإن علون وإن سفلن ط (قوله والعبرة الخ) قال فى الفتح : وقوله بشهوة فى موضع الحال ، فيفيد اشتراط الشهوة حال المس ، فلو مس بغير شهوة ، ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه اهـ وكذلك فى النظر كما فى البحر ، فلو اشتهى بعد ماغض بصره لا تحرم .

قلت : ويشترط وقوع الشهوة عليها لا على غيرها لما فى الفيض لو نظر إلى فرج بنته بلا شهوة فتمنى جارية مثلها فوقعت له الشهوة على البنت تثبت الحرمة وإن وقعت على من تمناها فلا (قوله وحدها فيهما) أى حد الشهوة فى المس والنظر ح (قوله أو زيادته) أى زيادة التحرك إن كان موجودا قبلهما (قوله به يفتى) وقيل حدها أن يشتهى بقلبه إن لم يكن مشتهيا أو يزداد إن كان مشتهيا ، ولا يشترط تحرك الآلة وصححه فى المحيط والتحفة وفى غاية البيان وعليه الاعتماد ، والمذهب الأول بحر قال فى الفتح : وفرع عليه مالو انتشر وطلب امرأة فأولج بين فخذى بنتها خطأ لا تحرم أمها مالم يزدد الانتشار (قوله وفى امرأة ونحوه شيخ الخ) قال فى الفتح : ثم هذا الحد فى حق الشاب أما الشيخ والعنين فحدهما تحرك قلبه أو زيادته إن كان متحركا لا مجرد ميلان النفس ، فإنه يوجد فيمن لا شهوة له أصلا كالشيخ الفانى ، ثم قال ولم يحدوا الحد المحرم منها أى من المرأة وأقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر قال ط : ولم أر حكم الخنثى المشكل فى الشهوة ومقتضى معاملته بالأضر أن يجرى عليه حكم المرأة (قوله وفى الجوهرة الخ) كذا فى النهر وعلى هذا ينبغى أن يكون مس الفرج كذلك بل أولى لأن تأثير المس فوق تأثير النظر بدليل إيجابه حرمة المصاهرة فى غير الفرج إذا كان بشهوة بخلاف النظر ح .

قلت : ويمكن أن يكون مافى الجوهرة مفرعا على القول الآخر فى حد الشهوة فلا يكون للنظر احترازا عن مس الفرج ولا عن مس غيره تأمل (قوله فلا حرمة) لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء هداية .

قال فى العناية : ومعنى قولهم إنه لا يوجب الحرمة بالإنزال أن الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها

ابن كمال وغيره وفى الخلاصة : وطىء أخت امرأته لاتحرم عليه امرأته (لا) تحرم (المنظور إلى فرجها الداخل) إذا رآه (من مرآة أو ماء) لأن المرئى مثاله (بالإنعكاس) لاهو (هذا إذا كانت حية مشتهاة) ولو ماضيا (أما غيرها) يعنى الميتة وصغيرة لم تشته (فلا) تثبت الحرمة بها أصلا كوطء دبر مطلقا ، وكما لو أفضاها

موقوفا إلى أن يتبين بالإنزال ، فإن أنزل لم تثبت وإلا ثبت لا أنها تثبت بالمس ثم بالانزال تسقط لأن حرمة المصاهرة إذا ثبتت لاتسقط أبدا (قوله وفى الخلاصة الخ) هذا محترز التقييد بالأصول والفروع وقوله : لاتحرم أى لاتثبت حرمة المصاهرة ، فالمعنى : لا تحرم حرمة مؤبدة وإلا فتحرم إلى انقضاء عدة الموطوءة لو بشبهة قال فى البحر : لو وطىء أخت امرأته بشبهة تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة ، وفى الدراية عن الكامل لو زنى بإحدى الأختين لا يقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة واستشكله فى الفتح ووجهه أنه لا اعتبار لماء الزانى ولذا لو زنت امرأة رجل لم تحرم عليه وجاز له وطؤها عقب الزنا اه (قوله لاتحرم المنظور إلى فرجها الخ) تبع فى هذا التعبير صاحب الدرر واعترضه الشرنبلالى بأنه لا يصح إلا بتقدير مضاف : أى لا يحرم أصل وفرع المنظور إلى فرجها ، لما أنه لا يحرم نفس المنظور إلى فرجها ، وأجيب بأن المراد لا تحرم على أصول الناظر وفروعه وفيه أن الكلام فى الحرمة وعدمها بالنسبة إلى أصولها وفروعها فالأولى إسقاط لفظ تحرم وإبقاء المتن على حاله فيكون قوله لا المنظور معطوفا على قوله والمنظور . والمعنى : لا يحرم أصلها وفرعها ويعلم منه عدم حرمتها عليه وعلى أصوله وفروعه بالأولى فافهم (قوله إذا رآه) لا حاجة إليه لصحة تعلق الجار بقوله المنظور ط (قوله لأن المرئى مثاله الخ) يشير إلى ما فى الفتح من الفرق بين الرؤية من الزجاج والمرآة ، وبين الرؤية فى الماء ومن الماء حيث قال : كأن العلة والله سبحانه وتعالى أعلم أن المرئى فى المرآة مثاله لاهو وبهذا عللوا الحنث (١) فيما إذا حلف لا ينظر إلى وجه فلان فنظره فى المرآة أو الماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج ، بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئى بخلاف المرآة ومن الماء ، وهذا ينفى كون الابصار من المرآة والماء بواسطة انعكاس الأشعة وإلا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما ، بخلاف المرئى فى الماء لأن البصر ينفذ فيه إذا كان صافيا فيرى نفس مافيه ، وإن كان لايراه على الوجه الذى هو عليه ، ولهذا كان له الخيار إذا اشترى سمكة رآها فى ماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة اه

وبه يظهر فائدة قول الشارح مثاله ، لكنه لا يناسب قول المصنف تبعا للدرر بالانعكاس ، ولهذا قال فى الفتح وهذا ينفى الخ ، وقد يجاب بأنه ليس مراد المصنف بالانعكاس البناء على القول بأن الشعاع الخارج من الحدقة الواقع على سطح الصقيل كالمرآة والماء ينعكس من سطح الصقيل إلى المرئى ، حتى يلزم أنه يكون المرئى حينئذ حقيقته لا مثاله وإنما أراد به انعكاس نفس المرئى وهو المراد بالمثال فيكون مبنيا على القول الآخر ويعبرون عنه بالانطباع وهو أن المقابل للصقيل تنطبع صورته ومثاله فيه لا عينه ، ويدل عليه تعبير قاضيخان بقوله لأنه لم ير فرجها وإنما رأى عكس فرجها فافهم (قوله هذا) أى جميع ما ذكر فى مسائل المصاهرة (قوله مشتهاة) سيأتى تعريفها بأنها بنت تسع فأكثر (قوله ولو ماضيا) كعجوز شوهاء لأنها دخلت تحت الحرمة ، فلا تخرج ولجواز وقوع الولد منها كما وقع لزوجتى إبراهيم وزكرياء عليهما الصلاة والسلام (قوله فلا تثبت الحرمة بها) أى بوطئها أو لمسها أو النظر إلى فرجها وقوله أصلا أى سواء كان بشهوة أو لا وسواء أنزل أو لا (قوله مطلقا) أى سواء كان بصبى أو امرأة كما فى غاية البيان وعليه الفتوى كما فى الواقعات ح عن البحر وفى الولوالجية : أتى رجل

---

(١) قوله (عللوا الحنث) كذا بالأصل ولعل الصواب : عدم الحنث اه

لعدم تيقن كونه فى الفرج ما لم تحبل منه بلا فرق بين زنا ونكاح (فلو تزوج صغيرة لاتشتهى ، فدخل بها فطلقها وانقضت عدتها وتزوجت بآخر جاز) للأول (التزوج ببنتها) لعدم الاشتهاء وكذا تشترط الشهوة فى الذكر ؛ فلو جامع غير مراهق زوجة أبيه لم تحرم فتح (ولا فرق) فيما ذكر (بين اللمس والنظر بشهوة بين عمدونسيان) وخطأ وإكراه ، فلو أيقظ زوجته أو أيقظته هى لجماعها فمست يده بنتها المشتهاة أو يدها ابنه حرمت الأم أبدا فتح (قبل أم امرأته)

رجلا له أن يتزوج ابنته لأن هذا الفعل لو كان فى الإناث لا يوجب حرمة المصاهرة ففى الذكر أولى (قوله لعدم تيقن كونه فى الفرج) علة لعدم إيجاب وطء المفضاة المصاهرة فقط ، وأما العلة فى عدم إيجاب وطء الدبر المصاهرة فالتيقن بعدم كون الوطء فى الفرج الذى هو محل الحرث ، وإنما تركها لانفهامها بالأولى قال فى البحر : وأورد عليهما أى على المسئلتين أن الوطء فيهما وإن لم يكن سببا للحرمة ، فالمس بشهوة سبب لها بل الموجود فيهما أقوى ، وأجيب بأن العلة هى الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا لكونه سببا لهذا الوطء ، ولم يتحقق فى الصورتين اه وبه علم أنه لا فرق فى المسئلتين بين الانزال وعدمه ح (قوله مالم تحبل منه) زاد فى الفتح وعلم كونه منه أى بامساكها عنده حتى تلد كما قدمناه وهذا فى الزنا لا فى النكاح كما لا يخفى (قوله بلا فرق بين زنا ونكاح) راجع لا شتراط كونها مشتهاة لثبوت الحرمة كما فى البحر مفرعا عليه قوله فلو تزوج صغيرة الخ (قوله جاز له التزوج ببنتها (١)) أما أمها فحرمت عليه بمجرد العقد ط (قوله فلو جامع غير مراهق الخ) الذى فى الفتح حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت الحرمة قال فى البحر : وظاهره اعتبار السن الآتى فى حد المشتهاة أعنى تسع سنين .

قال فى النهر وأقول : التعليل بعدم الاشتهاء يفيد أن من لا يشتهى لا تثبت الحرمة بجماعه ولا خفاء أن ابن تسع عار من هذا ، بل لا بد أن يكون مراهقا ، ثم رأيته فى الخانية قال الصبى الذى يجامع مثله كالبالغ قالوا وهو أن يجامع ويشتهى ، وتستحيى النساء من مثله وهو ظاهر فى اعتبار كونه مراهقا لا ابن تسع ، ويدل عليه ما فى الفتح مس المراهق كالبالغ وفى البزازية المراهق كالبالغ حتى لو جامع امرأته أولمس بشهوة تثبت حرمة المصاهرة اه وبه ظهر أن ما عزاه الشارح إلى الفتح ، وإن لم يكن صريح كلامه لكنه مراده .

فتحصل من هذا : أنه لا بد فى كل منهما من سن المراهقة وأقله للأنثى تسع وللذكر اثنا عشر ، لأن ذلك أقل مدة يمكن فيها البلوغ كما صرحوا به فى باب بلوغ الغلام ، وهذا يوافق ما مر من أن العلة هى الوطء الذى يكون سببا للولد أو المس الذى يكون سببا لهذا الوطء ، ولا يخفى أن غير المراهق منهما لا يتأتى منه الولد (قوله ولا فرق فيما ذكر) أى من التحريم وقوله بين اللمس والنظر صوابه فى اللمس والنظر ، وعبارة الفتح ولا فرق فى ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا أو ناسيا أو مكرها أو مخطئا الخ أفاده ح قال الرحمتى : وإذا علم ذلك فى المس والنظر علم فى الجماع بالأولى (قوله فلو أيقظ الخ) تفريع على الخطأ ط (قوله أو يدها ابنه) أى المراهق كما علم مما مر ، وأما تقييد الفتح بكونه ابنه من غيرها فقال فى النهر ليعلم ما إذا كان ابنه منها بالأولى ، ولا بد من التقييد بالشهوة أو ازديادها فى الموضعين (قوله قبل أم امرأته الخ) قال فى الذخيرة وإذا قبلها أو لمسها أو نظر إلى فرجها ثم قال لم يكن عن شهوة ذكر الصدر الشهيد أنه فى القبلة يفتى بالحرمة ، ما لم يتبين أنه بلا شهوة وفى المس والنظر لا إلا إن تبين أنه بشهوة لأن الأصل فى التقبيل الشهوة بخلاف المس والنظر ، وفى بيوع العيون خلاف هذا إذا

---

(١) لعل فى بعض نسخ المتن . جاز له التزوج كما يدل له كتابة المحشى ويكون قول الشارح للأول تفسير لقول المتن له فليحرر .

فى أى موضع كان على الصحيح جوهرة (حرمت) عليه (امرأته مالم يظهر عدم الشهوة) ولو على الفم كما فهمه فى الذخيرة (وفى المس لا) تحرم (مالم تعلم الشهوة) لأن الأصل فى التقبيل الشهوة ، بخلاف المس (والمعانقة كالتقبيل) وكذا القرص والعض بشهوة . ولو لأجنبية وتكفى الشهوة من أحدهما ، ومراهق ومجنون وسكران كبالغ

اشترى جارية على أنه بالخيار وقبلها أونظر إلى فرجها ثم قال لم يكن عن شهوة وأراد ردها صدق ولوكانت مباشرة لم يصدق ، ومنهم من فصل فى القبلة فقال إن كانت على الفم يفتى بالحرمة ، ولا يصدق أنه بلا شهوة ، وإن كانت على الرأس أو الذقن أو الخد فلا إلا إذا تبين أنه بشهوة وكان الإمام ظهير الدين يفتى بالحرمة فى القبلة مطلقا ، ويقول لا يصدق فى أنه لم يكن بشهوة وظاهر إطلاق بيوع العيون يدل على أنه يصدق فى القبلة على الفم أو غيره ، وفى البقالى إذا أنكر الشهوة فى المس يصدق إلا أن يقوم إليها منتشرا فيعانقها ، وكذا قال فى المجرد وانتشاره دليل شهوته اه (قوله على الصحيح جوهرة) الذى فى الجوهرة للحدادى خلاف هذا فإنه قال لو مس أوقبل ، وقال لم أشته صدق إلا إذا كان المس على الفرج والتقبيل فى الفم اه . وهذا هو الموافق لما سينقله الشارح عن الحدادى ، ولما نقله عنه فى البحر قائلا ورجحه فى فتح القدير وألحق الخد بالفم اه .

وقال فى الفيض : ولو قام إليها وعانقها منتشرا أو قبلها ، وقال لم يكن عن شهوة لا يصدق ، ولو قبل ولم تنتشر آلته وقال كان عن غير شهوة يصدق وقيل لا يصدق لو قبلها على الفم وبه يفتى اه فهذا كما ترى صريح فى ترجيح التفصيل ، وأما تصحيح الإطلاق الذى ذكره الشارح ، فلم أره لغيره نعم قال القهستانى : وفى القبلة يفتى بها أى بالحرمة ما لم يتبين أنه بلا شهوة ويستوى أن يقبل الفم أو الذقن أو الخد أو الرأس ، وقيل إن قبل الفم يفتى بها وإن ادعى أنه بلا شهوة ، وإن قبل غيره لا يفتى بها إلا إذا ثبتت الشهوة اه ، وظاهره ترجيح الاطلاق فى التقبيل لكن علمت التصريح بترجيح التفصيل تأمل (قوله حرمت عليه امرأته الخ) أى يفتى بالحرمة إذا سئل عنها ، ولا يصدق إذا ادعى عدم الشهوة إلا إذا ظهر عدمها بقرينة الحال وهذا موافق لما تقدم عن القهستانى والشهيد ، ومخالف لما نقلناه عن الجوهرة ورجحه فى الفتح وعلى هذا فكان الأولى أن يقول لا تحرم مالم تعلم الشهوة أى بأن قبلها منتشرا ، أو على الفم فيوافق مانقلناه عن الفيض ولما سيأتى أيضا وحينئذ فلا فرق بين التقبيل والمس (قوله ولو على الفم) مبالغة على المنفى لا على النفى :

والمعنى : حرمت امرأته إذا لم يظهر عدم اشتهاء ، وهو صادق بظهور الشهوة وبالشك فيها ، أما إذا ظهر عدم الشهوة فلا تحرم ولو كانت القبلة على الفم اه ح (قوله كما فهمه فى الذخيرة) أى فهمه من عبارة العيون حيث قال وظاهر ما أطلق فى بيوع العيون إلى آخر مامر ، وأنت خبير بأن كلام المصنف مبنى على أن الأصل فى القبلة الشهوة ، وأنه لا يصدق فى دعوى عدمها ، وهذا خلاف ما فى العيون تأمل (قوله وكذا القرص والعض بشهوة) ينبغى ترك قوله : بشهوة كما فعل المصنف فى المعانقة ، لأن المقصود تشبيه هذه الأمور بالتقبيل فى التفصيل المتقدم فلا معنى للتقييد اه ح (قوله ولو لأجنبية) أى لا فرق بين أن تكون زوجة أو أجنبية ، أما الأجنبية فصورتها ظاهرة ، وأما الزوجة فكما إذا تزوج امرأة فقرصها أو عضها أو قبلها أو عانقها ثم طلقها قبل الدخول حرمت عليه بنتها .

واعلم أن هذا التعميم لايخص مانحن فيه فان جميع ماقبله كذلك ح وخص البنت لأن الأم تحرم بمجرد العقد (قوله وتكفى الشهوة من إحداهما) هذا إنما يظهر فى المس أما فى النظر فتعتبر الشهوة من الناظر ، سواء وجدت من الآخر أم لا اه ط وهكذا بحث الخير الرملى أخذا من ذكرهم ذلك فى بحث المس فقط قال : والفرق اشتراكهما فى لذة المس كالمشتركين فى لذة الجماع بخلاف النظر (قوله كبالغ) أى فى ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء ، أوالمس

بزازية . وفى القنية : قبل السكران بنته تحرم الأم ، وبحرمة المصاهرة لايرتفع النكاح حتى لايحل لها التزوج بآخر إلا بعد المتاركة وانقضاء العدة والوطء بها لايكون زنا ، وفى الخانية إن النظر إلى فرج ابنته بشهوة يوجب حرمة امرأته وكذا لو فزعت فدخلت فراش أبيها عريانة فانتشر لها أبوها تحرم عليه أمها (وبنت) سنها (دون تسع ليست بمشتهاة) به يفتى (وإن ادعت الشهوة) فى تقبيله أو تقبيلها ابنه (وأنكرها الرجل فهو مصدق) لا هى (إلا أن يقوم إليها منتشرا) آلته (فيعانقها) لقرينة كذبه أو يأخذ ثديها (أو يركب معها) أو يمسها على الفرج أو يقبلها على الفم قاله الحدادى وفى الفتح يتراءى

أو النظر ولو تمم المقابلات بأن قال كبالغ عاقل صاح لكان أولى ط وفى الفتح : لو مس المراهق وأقر أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه (قوله بزازية) لم أر فيها إلا المراهق دون المجنون والسكران نعم رأيتهما فى حاوى الزاهدى (قوله تحرم الأم) كذا يوجد فى بعض النسخ ، وفى عامتها بدون الأم فهو من باب الحذف والإيصال كما قال ح وعبارة القنية هكذا قبل المجنون أم امرأته بشهوة أو السكران بنته تحرم اه أى تحرم امرأته (قوله وبحرمة المصاهرة الخ) قال فى الذخيرة : ذكر محمد فى نكاح الأصل أن النكاح لايرتفع بحرمة المصاهرة والرضاع بل يفسد حتى لو وطئها الزوج قبل التفريق لايجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه عليه اه (قوله إلا بعد المتاركة) أى وإن مضى عليها سنون كما فى البزازية ، وعبارة الحاوى إلا بعد تفريق القاضى أو بعد المتاركة اه ، وقد علمت أن النكاح لايرتفع بل يفسد وقد صرحوا فى النكاح الفاسد بأن المتاركة لاتتحقق إلا بالقول ، إن كانت مدخولا بها كتركتك أو خليت سبيلك ، وأما غير المدخول بها فقيل تكون بالقول وبالترك على قصد عدم العود إليها ، وقيل : لاتكون إلا بالقول فيهما ، حتى لو تركها ومضى على عدتها سنون لم يكن لها أن تتزوج بآخر فافهم (قوله والوطء بها الخ) أى الوطء الكائن فى هذه الحرمة قبل التفريق والمتاركة لايكون زنا قال فى الحاوى والوطء فيها لايكون زنا لأنه مختلف فيه ، وعليه مهر المثل بوطئها بعد الحرمة ولاحد عليه ويثبت النسب اه (قوله وفى الخانية الخ) مستغنى عنه بما تقدم ح (قوله فدخلت فراش أبيها) كنى به عن المس وإلا فمجرد الدخول بغير مس لايعتبر ط (قوله ليست بمشتهاة به يفتى) كذا فى البحر عن الخانية ، ثم قال فأفاد أنه لا فرق بين أن تكون سمينة أولا ولذا قال فى المعراج بنت خمس لاتكون مشتهاة اتفاقا وبنت تسع فصاعدا مشتهاة اتفاقا وفيما بين الخمس والتسع اختلاف الرواية والمشايخ ، والأصح أنها لاتثبت الحرمة اه (قوله وإن ادعت الشهوة فى تقبيله) أى ادعت الزوجة أنه قبل أحد أصولها أو فروعها بشهوة أو أن أحد أصولها أو فروعها قبله بشهوة ، فهو مصدر مضاف إلى فاعله أو مفعوله وكذا قوله أو تقبيلها ابنه ، فإن كانت إضافته إلى المفعول فابنه فاعل والأنسب لنظم الكلام إضافة الأول لفاعله والثانى لمفعوله ليكون فاعل يقوم الرجل أو ابنه كما أفاده ح (قوله فهو مصدق) لأنه ينكر ثبوت الحرمة والقول للمنكر ، وهذا ذكره فى الذخيرة فى المس لافى التقبيل كما فعل الشارح فإنه مخالف لما مشى عليه المصنف أولا من أنه فى التقبيل يفتى بالحرمة مالم يظهر عدم الشهوة وقدمنا عن الذخيرة نقل الخلاف فى ذلك فما هنا مبنى على مافى بيوع العيون (قوله آلته) بالرفع فاعل منتشرا ط (قوله أو يركب معها) أى على دابة بخلاف ما إذا ركبت على ظهره وعبر الماء حيث يصدق فى أنه لاعن شهوة بزازية (قوله وفى الفتح الخ) قال فيه : والحاصل : أنه إذا أقر بالنظر وأنكر الشهوة صدق بلا خلاف ، وفى المباشرة لايصدق بلا خلاف فيما أعلم وفى التقبيل اختلف فيه قيل لايصدق لأنه لايكون إلا عن شهوة غالبا ، فلا يقبل إلا أن يظهر خلافه بالانتشار ونحوه ، وقيل يقبل ، وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق أو على الفم فلا والأرجح هذا إلا أن الخد يتراءى إلحاقه بالفم اه

إلحاق الخدين بالفم ». وفى الخلاصة قيل له مافعلت بأم امرأتك فقال : جامعتها تثبت الحرمة ، ولا يصدق أنه كذب ولو هازلا (وتقبل الشهادة على الإقرار باللمس والتقبيل عن شهوة وكذا) تقبل (على نفس اللمس والتقبيل) والنظر إلى ذكره أو فرجها (عن شهوة فى المختار) تجنيس لأن الشهوة مما يوقف عليها فى الجملة بانتشار أو آثار (و) حرم (الجمع) بين المحارم (نكاحا) أى عقدا صحيحا (وعدة ولو من طلاق بائن و) حرم الجمع (وطأ بملك يمين بين امرأتين أيتهما فرضت ذكرا لم تحل للأخرى)

وقوله إلا أن يظهر الخ حقه أن يذكر بعد قوله : وقيل يقبل كما لايخفى ولم يذكر المس ، وقدمنا عن الذخيرة أن الأصل فيه عدم الشهوة مثل النظر ، فيصدق إذا أنكر الشهوة إلا أن يقوم إليها منتشرا أى لأن الانتشار دليل الشهوة ، وكذا إذا كان المس على الفرج كما مر عن الحدادى ، لأنه دليل الشهوة غالبا وماذكره فى الفتح بحثا من إلحاق تقبيل الخد بالفم أى بخلاف الرأس والجبهة غير ماتقدم فى كلام الذخيرة عن الإمام ظهير الدين فإن ذاك لم يفصل فافهم (قوله ولا يصدق أنه كذب الخ) أى عند القاضى ، أما بينه وبين الله تعالى إن كان كاذبا فيما أقر لم تثبت الحرمة ، وكذا إذا أقر بجماع أمها قبل التزوج لايصدق فى حقها ، فيجب كمال المسمى لو بعد الدخول ونصفه لو قبله بحر (قوله تجنيس) كذا عزاه إليه فى البحر وكذا رأيته فيه أيضا ونص عبارته المختار أنه تقبل إليه أشار محمد فى الجامع ، وإليه ذهب فخر الإسلام على البزدوى لأن الشهوة مما يوقف عليه بتحرك العضو ممن يتحرك عضوه أو بآثار أخر ممن لايتحرك عضوه اه . فما ذكره من التعليل من كلام التجنيس أيضا وبه ظهر أن مافى النهر من عزوه إلى التجنيس أن المختار عدم القبول سبق قلم (قوله بين المحارم) الأولى حذفه لأن قول المصنف بين امرأتين يغنى عنه ، ولئلا يتوهم اختصاص الثانى بالجمع وطأ بملك يمين ، ولا يصح إعرابه بدلا منه بدل مفصل من مجمل لأن الشارح ذكر له عاملا يخصه وهو قوله وحرم الجمع فافهم ، وأراد بالمحارم مايشمل النسب والرضاع فلو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبية فسد نكاحهما كما فى البحر (قوله أى عقدا صحيحا) الأنسب حذف قوله صحيحا كما فعل فى البحر والنهر ولذا قال ح : لاثمرة لهذا القيد فيما إذا تزوجهما فى عقد واحد فإنه لايكون صحيحا قطعا ، ولا فيما إذا تزوجهما على التعاقب وكان نكاح الأولى صحيحا فان نكاح الثانية والحالة هذه باطل قطعا نعم له ثمرة فيما إذا تزوج الأولى فاسدا فإن له حينئذ أن يعقد على الثانية ويصدق عليه أنه جمع بينهما نكاحا ونكاح الأولى وإن كان فاسدا يسمى نكاحا كما شاع فى عباراتهم اه (قوله وعدة) معطوف على نكاحا منصوب مثله على التمييز (قوله ولو من طلاق بائن) شمل العدة من الرجعى ، أو من إعتاق أم ولد خلافا لهما أو من تفريق بعد نكاح فاسد ، وأشار إلى أن من طلق الأربع لايجوز له أن يتزوج امرأة قبل انقضاء عدتهن ، فإن انقضت عدة الكل معا جاز له تزوج أربع وإن واحدة فواحدة بحر .

[فرع] ماتت امرأته له التزوج بأختها بعد يوم من موتها كما فى الخلاصة عن الأصل ، وكذا فى المبسوط لصدر الإسلام والمحيط السرخسى والبحر والتاترخانية وغيرها من الكتب المعتمدة ، وأما ماعزى إلى النتف من وجوب العدة فلا يعتمد عليه وتمامه فى كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله بملك يمين) متعلق بوطء ، واحترز بالجمع وطأ عن الجمع ملكا من غير وطء فإنه جائز كما فى البحر ط (قوله بين امرأتين) يرجع إلى الجمع نكاحا وعدة ووطأ بملك يمين ط أى فى عبارة المصنف أما على عبارة الشارح فهو متعلق بالأخير (قوله أيتهما فرضت الخ) أى أية واحدة منهما فرضت ذكرا لم يحل للأخرى كالجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، والجمع بين الأم والبنت نسبا أو رضاعا ، وكالجمع بين عمتين أو خالتين كأن يتزوج كل من رجلين أم الآخر ، فيولد لكل منهما

أبدا لحديث مسلم « لاتنكح المرأة على عمتها » وهو مشهور يصلح مخصصا للكتاب (فجاز الجمع بين امرأة وبنت زوجها) أو امرأة ابنها أو أمة ثم سيدتها لأنه لوفرضت المرأة أو امرأة الإبن أو السيدة ذكرا لم يحرم بخلاف عكسه

بنت فيكون كل من البنتين عمة الأخرى ، أو يتزوج كل منهما بنت الآخر ويولد لهما بنتان ، فكل من البنتين خالة الأخرى كما فى البحر (قوله أبدا) قيد به تبعا للبحر وغيره لإخراج مالو تزوج أمة ثم سيدتها فإنه يجوز لأنه إذا فرضت الأمة ذكرا لايصح له إيراد العقد على سيدته ، ولو فرضت السيدة ذكرا لايحل له إيراد العقد على أمته إلا فى موضع الاحتياط كما يأتى لكن هذه الحرمة من الجانبين مؤقتة إلى زوال ملك اليمين ، فإذا زال فأيتهما فرضت ذكرا صح إيراد العقد منه على الأخرى ، فلذا جاز الجمع بينهما واحتيج إلى إخراج هذه الصورة من القاعدة المذكورة بقيد الأبدية لكن هذا بناء على أن المراد من عدم الحل فى قوله أيتهما فرضت ذكرا لم تحل للأخرى عدم حل إيراد العقد ، أما لو أريد به عدم حل الوطء لايحتاج فى إخراجها إلى قيد الأبدية لأنها خارجة بدونه فإنه لو فرضت السيدة ذكرا يحل له وطء أمته أفاده ح (قوله لاتنكح المرأة على عمتها) تمامه ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها (قوله وهو مشهور) فإنه ثابت فى صحيحى مسلم وابن حبان ، ورواه أبو داود والترمذى والنسائى ، وتلقاه الصدر الأول بالقبول من الصحابة والتابعين ورواه الجم الغفير منهم أبو هريرة ، وجابر وابن عباس ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وأبو سعيد الخدرى فيصلح مخصصا لعموم قوله تعالى : — وأحل لكم ماوراء ذلكم — مع أن العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة . فلو كان من أخبار الآحاد جاز التخصيص به غير متوقف على كونه مشهورا ، والظاهر أنه لابد من ادعاء الشهرة لأن الحديث وقعه النسخ لا التخصيص ، لأن — ولا تنكحوا المشركات — ناسخ لعموم — وأحل لكم — إذ لو تقدم لزم نسخه بالآية فلزم حل المشركات ، وهو منتف أو تكرار النسخ وهو خلاف الأصل بيان الملازمة أنه يكون السابق حرمة المشركات ، ثم ينسخ بالعام ، وهو — أحل لكم ماوراء ذلكم — ثم يجب تقدير ناسخ آخر لأن الثابت الآن الحرمة فتح وبه اندفع مافى العناية من أن شرط التخصيص المقارنة عندنا وليست بمعلومة .

[تنبيه] ماذكره من الدليل لايكفى لإثبات عموم القاعدة من حرمة الجمع بين جميع المحارم ، فإن الجمع بينهن حرام لافضائه إلى قطع الرحم لوقوع التشاجر عادة بين الضرتين . والدليل على اعتباره ماثبت فى الحديث برواية الطبرانى ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وتمامه فى الفتح .

[تتمة] عن هذا أجاب الرملى الشافعى عن الجمع بين الأختين فى الجنة بأنه لامانع منه ، لأن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما وعلة التباغض وقطيعة الرحم منتفية فى الجنة إلا الأم والبنت اه أى لعلة الجزئية فيهما وهى موجودة فى الجنة أيضا بخلاف نحو الأختين (قوله أو أمة ثم سيدتها) الأولى عدم ذكر هذه الصورة لما علمت من أن إخراجها من القاعدة بقيد الأبدية مبنى على أن المراد من عدم الحل ، عدم حل إيراد العقد ، وهو ثابت من الطرفين كما قررناه فينافى قوله الآتى لم يحرم ولو أريد بعدم الحل عدم حل الوطء صح قوله لم يحرم ، لكنه يستغنى عن قيد الأبدية ولعله أشار إلى أن جواز الجمع بينهما ثابت على كل من التقديرين فافهم قال ح : وأشار بثم إلى أنه لو تزوجهما فى عقدة لم يصح نكاح واحدة ولو تزوجهما فى عقدتين والسيدة مقدمة لم يصح نكاح الأمة كما قدمناه أول الفصل (قوله لم يحرم) أى التزوج فى الصور الثلاث . لأن الذكر المفروض فى الأولى يصير متزوجا بنت الزوج وهى بنت رجل أجنبى وفى الثانية يصير متزوجا امرأة أجنبية وفى الثالثة يصير واطئا لأمته (قوله بخلاف عكسه) هو ما إذا فرضت بنت الزوج ، أوأم الزوج أو الأمة ذكرا حيث تحرم الأخرى لأنه فى الأولى يصير ابن الزوج

(وإن تزوج) بنكاح صحيح (أخت أمة) قد (وطئها صح) النكاح لكن (لايطأ واحدة منهما حتى يحرم) حل استمتاع (إحداهما عليه بسبب ما) لأن للعقد حكم الوطء حتى لو نكح مشرقى مغربية يثبت نسب أولادها منه لثبوت الوطء حكما ولو لم يكن وطء الأمة له وطء المنكوحة ، ودواعى الوطء كالوطء ابن كمال (وإن تزوجهما معا) أى الأختين أو من بمعناهما (أو بعقدين ونسى) النكاح (الأول

فلا تحل له موطوءة أبيه ، وفى الثانية يصير أبا الزوج ، فلا تحل له امرأة ابنه وفى الثالثة يصير عبدا فلا تحل له سيدته (قوله وإن تزوج الخ) قيد بالتزوج لأنه لواشترى أخت أمته الموطوءة جاز له وطء الأولى وليس له وطء الثانية مالم يحرم الأولى على نفسه ، ولو وطئها أثم ثم لايحل له وطء واحدة منهما ، حتى يحرم الأخرى ، ويكون النكاح صحيحا لأنه لو كان فاسدا لاتحرم عليه الموطوءة مالم يدخل بالمنكوحة ، لوجود الجمع حقيقة وأطلق فى الأخت المتزوجة فشمل الحرة والأمة وأطلق فى الأمة فشمل أم الولد وقيد بكونها موطوءة لأن بدونه يجوز له وطء المنكوحة كما يأتى لأن الموقوفة ليست بموطوءة حكما فلم يصر جامعا بينهما وطأ لاحقيقة ، ولا حكما وأشار إلى أنه لو لم يدخل بالمنكوحة ، حتى اشترى أختها لايطأ المشتراة لأن المنكوحة موطوءة حكما كذا أفاده فى البحر وأراد بأخت الأمة من ليس بينهما جزئية احترازا عن أمها أو بنتها لأن وطء إحداهما يحرم الأخرى أبدا (قوله حتى يحرم) أى على نفسه كما وقع فى عباراتهم والمتبادر منه أنه بالضم والتشديد من المزيد ، ويعلم منه دلالة حكم الحرمة بدون فعله كموت إحداهما أوردتها لحصول المقصود ، ولو قرئ بالفتح والتخفيف صح وشمل ذلك منطوقا ولكنه غير لازم لما علمت فافهم (قوله حل استمتاع) من إضافة الصفة إلى الموصوف أى يحرم الاستمتاع الحلال أفاده ط ، أو الإضافة بيانية أى يحرم شيئا حلالا هو استمتاع أفاده الرحمتى وبه اندفع أن الحل والحرمة من صفات فعل المكلف كالاستمتاع فلا يصح وصف أحدهما بالآخر فافهم (قوله بسبب ما) فتحريم المنكوحة بالطلاق والخلع والردة مع انقضاء العدة قهستانى ، والمملوكة ببيعها كلا أو بعضا وإعتاقها كذلك وهبتها مع التسليم ، وكتابتها وتزويجها بنكاح صحيح ، بخلاف الفاسد إلا إذا دخل بها الزوج فإنها لوجوب العدة عليها منه تحرم على المالك ، فتحل له حينئذ المنكوحة ، ولا يؤثر الإحرام والحيض والنفاس والصوم والرهن والاجارة والتدبير ، لأن فرجها لايحرم بهذه الأسباب بحر قال فى النهر : ولم أر فى كلامهم مالو باعها بيعا فاسدا أو وهبها كذلك ، وقبضت والظاهر أنه يحل وطء المنكوحة اهـ أى لأن المبيع فاسدا يملك بالقبض وكذا الموهوب فاسدا على المفتى به خلافا لما صححه فى العمادية كما سيأتى فى بابه إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] قال فى البحر : فإن عادت الموطوءة إلى ملكه بعد الإخراج سواء كان بفسخ أو بشراء جديد لم يحل وطء واحدة منهما حتى يحرم الأمة على نفسه بسبب كما كان أولا (قوله لأن للعقد حكم الوطء) أورد عليه أنه لو كان كذلك يجب أن لايصح هذا النكاح كما قاله بعض المالكية ، وإلا لزم أن يصير جامعا بينهما وطأ حكما لأن الوطء السابق قائم حكما أيضا بدليل انه لو أراد بيعها يستحب له استبراؤها وهذا اللازم باطل فيلزم بطلان ملزومه وهو صحة العقد وأجاب عنه فى الفتح بأنه لازم مفارق لأن بيده إزالته فلا يضر بالصحة (قوله ولو لم يكن الخ) محترز قوله قد وطئها ح (قوله وطء المنكوحة) فإن وطئ المنكوحة حرمت المملوكة حتى يفارق المنكوحة كذا فى الاختيار (قوله ودواعى الوطء كالوطء) حتى لو كان قبل أمته أو مسها بشهوة أو هى فعلت به ذلك ، ثم تزوج أختها لاتحل له واحدة منهما حتى يحرم الأخرى رحمتى (قوله أو من بمعناهما) هو كل امرأتين أيتهما فرضت ذكرا لم تحل للأخرى ح ، ولا حاجة إلى هذه الزيادة للاستغناء عنها بقول المصنف بعد ، وكذا الحكم فى كل ماجمعهما من المحارم ط (قوله ونسى الأول) فلو علم فهو الصحيح والثانى باطل ، وله وطء الأولى إلا

فرق) القاضى (بينه وبينهما) ويكون طلاقا (ولهما نصف المهر) يعنى فى مسألة النسيان إذ الحكم فى تزوجهما معا البطلان وعدم وجوب المهر إلا بالوطء كما فى عامة الكتب فتنبه وهذا إن (كان مهراهما متساويين) قدرا وجنسا (وهو مسمى فى العقد وكانت الفرقة قبل الدخول) وادعى كل منهما أنها الأولى ولا بينة لهما ،

أن يطأ الثانية فتحرم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية ، كما لو وطىء أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته مالم تنقض عدة ذات الشبهة ح عن البحر . وقال فى شرح درر البحار : قيد بالنسيان إذ الزوج لو عين إحداهما بالفعل بدخوله بها أو ببيان أنها سابقة قضى بنكاحها لتصادقهما ، وفرق بينه وبين الأخرى ولو دخل بإحداهما ، ثم بين أن الأخرى سابقة يعتبر البيان إذ الدلالة لاتعارض الصريح اه ومثله فى الشرنبلالية عن شرح المجمع (قوله فرق القاضى بينه وبينهما) يعنى يفترض عليه أن يفارقهما فإن لم يفارقهما وجب على القاضى إن علم أن يفرق بينه وبينهما دفعا للمعصية بحر ، لكن فى الفتاوى الهندية عن شرح الطحاوى : ولو تزوجهما فى عقدين ولا يدرى أيتهما أسبق فإنه يؤمر الزوج بالبيان فإن بين فعلى مابين وإن لم يبين فإنه لايتحرى فى ذلك ، ويفرق بينه وبينهما اه ح. قلت لامنافاة بينهما لأن بيان الزوج مبنى على علمه بالأسبق لما ذكرناه عن شرح الدرر ، ولقوله لايتحرى تأمل . وفى النهر : وينبغى أن يكون معنى التفريق من الزوج أنه يطلقهما ولم أره اه (قوله ويكون طلاقا) أى تفريق القاضى المذكور ، وظاهر كلام الفتح أنه بحث منه فإنه قال والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك ، وأقره فى البحر والنهر. ويؤيده أن الزيلعى عبر عن التفريق المذكور بالطلاق وكذا قال الإتقانى فى غاية البيان ، وتفريق القاضى كالطلاق من الزوج ثم قال فى الفتح : فإن وقع التفريق قبل الدخول فله أن يتزوج أيتهما شاء للحال ، وإن بعده فليس له التزوج بواحدة منهما حتى تنقضى عدتهما وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى فله تزوج التى لم تنقض عدتها دون الأخرى كى لايصير جامعا وإن وقع بعد الدخول باحداهما فله أن يتزوجها فى الحال دون الأخرى فإن عدتها تمنع من تزوج أختها اه (قوله يعنى فى مسألة النسيان) تقييد لقوله : ويكون طلاقا ولقول المصنف ولهما نصف المهر إذ التفريق فى الباطل لايكون طلاقا فافهم (قوله إذ الحكم الخ) بيان للفرق بين المسألتين وذلك أن فى مسألة النسيان صح نكاح السابقة دون اللاحقة وتعين التفريق بينهما للجهل ، والتى صح نكاحها يجب لها نصف المهر بالتفريق قبل الدخول ولما جهلت وجب لهما ؛ أما فى مسألة تزوجهما معا فى عقد واحد فالباطل نكاح كل منهما يقينا ، فإذا كان التفريق قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدة عليهما ، وإن دخل بهما وجب لكل الأقل من المسمى ومن مهر المثل كما هو حكم النكاح الفاسد ، وعليهما العدة بحر .

قال : وقيد ببطلانهما فى المحيط بأن لاتكون إحداهما مشغولة بنكاح الغير أو عدته ؛ فإن كانت كذلك صح نكاح الفارغة لعدم تحقق الجمع بينهما كما لو تزوجت امرأة زوجين فى عقد واحد وأحدهما متزوج بأربع نسوة ، فإنها تكون زوجة للآخر لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين إذا كانت هى لاتحل لأحدهما اه (قوله وهذا) أى وجوب نصف المهر لهما فى مسألة النسيان (قوله متساويين قدرا وجنسا) كما إذا كان كل منهما ألف درهم ح (قوله وهو مسمى) الضمير راجع إلى المهرين بتأويل المذكور ح (قوله وادعى كل منهما أنها الأولى) أما إذا قالتا لاندرى أى النكاحين أول لايقضى لها بشىء لأن المقضى له مجهول وهو يمنع صحة القضاء ، كمن قال لرجلين لأحدهما على ألف لايقضى لأحدهما بشىء إلا أن يصطلحا بأن يتفقا على أخذ نصف المهر ، فيقضى لها به وهذا القيد أى دعوى كل منهما زاده أبو جعفر الهندوانى وظاهر الهداية تضعيفه لكنه حسن بحر وتمامه فيه (قوله ولا بينة لهما)

فإن اختلف مهراهما ، فإن علما فلكل ربع مهرها وإلا فلكل نصف أقل المسميين (وإن لم يكن مسمى فالواجب متعةواحدة لهما) بدل نصف المهر (وإن كانت الفرقة بعد الدخول وجب لكل واحدة مهر كامل) لتقرره بالدخول

مثله مالوكان لكل منهما بينة على السبق كما فى الفتح وغيره : أى لتهاترهما . قال ح فلو أقامت إحداهما البينة على السبق فنكاحها هو الصحيح ، والثانى باطل نظير ماقدمنا فى قوله ونسى الأول (قوله فإن اختلف مهراهما) محترز قوله متساويين قدرا وجنسا وهو صادق باختلافهما قدرا فقط ، كأن يكون مهر إحداهما وزن ألف درهم من الفضة والأخرى وزن ألفين منها ، وجنسا فقط كان يكون مهر إحداهما وزن ألف درهم من الفضة والأخرى وزن ألف درهم من الذهب ،وقدرا وجنسا كأن يكون مهر إحداهما وزن ألف درهم من الفضة والأخرى وزن ألف درهم من الذهب (قوله فإن علما الخ) اعلم أن هذا التفصيل مأخوذ من الدرر .

واعترضه محشوه بأنه لم يوجد لغيره والذى وجد فى أكثر الكتب أن المسمى لهما إن كان مختلفا يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها المسمى والذى وجد فى بعضها أنه يقضى لهما بالأقل من نصفى المهرين المسميين ، فلو كان مهر إحداهما مائة درهم والأخرى ثمانين يقضى على القول الأول للأولى بخمسة وعشرين درهما وللثانية بعشرين وعلى الثانى بنصف أقل المهرين المسميين وهو أربعون ثم ينصف بينهما ، فيكون لكل منهما عشرون درهما كذا فى حاشيته لنوح أفندى . وفى شرحه للشيخ إسمعيل أن الاحتياط الثانى وهو الموجود فى الكافى والكفاية ، معللا بأن فيه يقينا . والظاهر أن المصنف أى صاحب الدرر أراد أن يوفق بين القولين بأن الأول فيما إذا كان ماسمى لكل واحدة منهما بعينها معلوما كالخمسمائة لفاطمة والألف لزاهدة والثانى فيما إذا لم يكن معلوما كذلك بأن يعلم أنه سمى لواحدة منهماخمسمائة وللأخرى ألف إلا أنه نسى تعيين كل منهما ، لكن سياق مافى الكافى والكفاية لايؤدى انحصاره فى ذلك ، ولذا قيل لوحمل على اختلاف الرواية كان أولى . إذا تقرر ذلك علمت أن قول الشارح تبعا للدرر وإلا فلكل نصف أقل المسميين غير صحيح ، كما نبه عليه فى الشرنبلالية وغيرها لاقتضائه أن تأخذ مهرا كاملا مع أن الواجب عليه نصف مهر ، فالصواب مافى بعض نسخ الشرح وهو وإلا فنصف أقل المسميين لهما وهذا بناء على مافى الدرر من التوفيق وقد علمت مافيه (قوله وإن لم يكن مسمى) أى وإن لم يكن واحد من المهرين مسمى فالواجب متعة ، وإذا سمى لإحداهما دون الأخرى فلمن لها المسمى أخذ ربعه والتى لم يسم لها تأخذ نصف المتعة ح ومثله فى شرح الشيخ إسمعيل (قوله وجب لكل واحدة مهر كامل) قال فى الفتح : فلوكان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملا ، وفى النكاح الفاسد يقضى بمهر كامل وعقر كامل ، ويجب حمله على ما إذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا ، أما إذا اختلفا فيتعذر إيجاب عقر إذ ليست إحداهما أولى بجعلها ذات العقر من الأخرى لأنه فرع الحكم بأنها الموطوءة فى النكاح الفاسد ، هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيه إذا سمى فيه العقر بل الأقل من المسمى ومهرالمثل اهـ ، ومثله فى البحر سوى قوله مع أن الفاسد الخ ، والظاهر أن صاحب الفتح عبر أولا بأنه يجب لكل مهر كامل ، ثم بالعقر تبعا لما وقع فى كلام غيره ، ثم حقق أن الواجب فى النكاح الفاسد بعد الوطء هو الأقل من المسمى ومهر المثل ، فعلم أنه المراد بالعقر . وفى المغرب العقر صداق المرأة إذا وطئت بشبهة اهـ . ولايخفى أن الوطء فى النكاح الفاسد وطء بشبهة ، وقد صرح فى الكنز وغيره بأن الواجب فى النكاح الفاسد الأقل من المسمى ومهر المثل ، فعلم أن اقتصار البحر على التعبير بالعقر صحيح فافهم .

والحاصل أنك قد علمت أن أحد النكاحين فى مسألة النسيان صحيح والآخر فاسد ، وبعد الدخول يجب فى الصحيح المسمى ، وفى الفاسد العقر أى الأقل من المسمى ومهر المثل ، وحيث لم تعلم صاحبة الصحيح من

ومنه يعلم حكم دخوله بواحدة (وكذا الحكم فيما جمعهما من المحارم) فى نكاح (و) حرم (نكاح) المولى (أمته

الفاسد يقسم المهران بالوصف المذكور بينهما فيكون لكل واحدة مهر كامل .

ثم اعلم أن الصور أربع : لأنه إما أن يتحد المسمى لها أو يختلف ، وعلى كل إما أن يتحد مهر مثلهما أيضا أو يختلف ، فإن اتحد المسميان والمهران فلا شبهة فى أنه يجب لكل منهما مهرها كاملا. وأما إذا اتحد المسميان ، واختلف المهران كأن سمى لهند مائة ومهر مثلها تسعون ، ولأختها دعد مائة أيضا ومهر مثلها ثمانون ، فالواجب لذات النكاح الصحيح المسمى وهو مائة ولذات الفاسد العقر ، وهو متردد هنا بين التسعين والثمانين ، ويتعذر إيجاب أحدهما إذ ليست إحداهما أولى بكونها ذات العقر ، فلذا قيد المحشى قول الفتح ويجب حمله أى حمل وجوب المهر كاملا لكل منهما على ما إذا اتحد المسمى لهما بما إذا اتحد مهر مثلهما أيضا ، وأما قول الفتح : وأما إذا اختلفا أى المسميان فيتعذر إيجاب العقر ، فنى إطلاقه نظر لأنه ظاهر فيما إذا اختلف المهران أيضا كأن سمى لهند مائة ومهر مثلها ثمانون ولدعد تسعين ومهر مثلها ستون مثلا فهناك تعذر إيجاب العقر وتعذر أيضا إيجاب المسمى ، لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى بكونها ذات النكاح الصحيح أو ذات النكاح الفاسد حتى نوجب لهما أحد المسميين بعينه ، وأحد العقرين بعينه لاختلاف كل منهما . وأما إذا اختلف المسميان واتحد المهران كأن سمى لهند مائة ولدعد تسعين ومهر مثل كل منهما ثمانون فلا يتعذر إيجاب العقر لأنه ثمانون على كل حال ، سواء كانت ذات النكاح الفاسد هندا أو دعدا بل يتعذر إيجاب المسمى ثم إنه لم يعلم من كلام الفتح الحكم فى الصور الثلاث . وقال ط : والظاهر أنه عند تعذر إيجاب العقر يجب لكل الأقل من المسمى ومهر مثلها .

قلت : وفيه نظر لأن ذلك تنقيص لحقهما وترك لبعض المتيقن إذ لاشك أن فيهما ذات نكاح صحيح ولها المسمى كاملا ولا سيما إذا اتحد المسميان ، على أنه لم يعلم منه حكم ما إذا لم يتعذر إيجاب العقر ، بل الذى يظهر ماقرره شيخنا حفظه الله تعالى ، وهو أنه حيث جهل ذات الصحيح منهما وذات الفاسد وكان لإحداهما المسمى وللأخرى العقر أن يأخذ المتيقن ويقتسماه بينهما فى الصور الأربع فإذا اتحد كل من المسميين والمهرين يعطيان أحد المسميين وأحد المهرين ، وإذا اتحد الأولان فقط يعطيان أحد المسميين وأقل المهرين ، وإذا اختلف الأولان فقط يعطيان أقل المسميين وأحد المهرين ، وإذا اختلف الأولان والأخيران يعطيان أقل المسميين وأقل المهرين ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله ومنه يعلم حكم دخوله بواحدة) يعنى أن المدخول بها يجب لها نصف المسمى ونصف الأقل من مهر المثل والمسمى ، لأنها إن كانت سابقة وجب لها جميع المسمى ، وإن كانت متأخرة وجب لها الأقل من مهر المثل والمسمى فتأخذ نصف كل منهما غير المدخول بها يجب لها ربع المسمى ، لأنها إن كانت سابقة وجب لها نصف المسمى ، وإن كانت متأخرة لايجب لها شىء فيتنصف النصف اهـ .

قلت : وهذا الذى ذكره الشارح مأخوذ من الشرنبلالية ، ويجب تقييده بما إذا دخل بإحداهما مع إقراره بأنه لايعلم أيهما أسبق نكاحا . أما لو دخل بإحداهما على وجه البيان فإنه يقضى بنكاحها كما قدمناه عن شرح درر البحار وغيره ، وحينئذ فيجب لها جميع المسمى لها ويفرق بينه وبين الأخرى ولا شىء لها لأنه ظهر أنها المتأخرة فيكون نكاحها باطلا ، وقد مر أن الباطل لايجب فيه المهر إلا بالدخول (قوله وكذا الخ) الأحسن قول الزيلعى وكل ماذكرنا من الأحكام بين الأختين فهو الحكم بين كل من لايجوز جمعه من المحارم (قوله وحرم نكاح المولى أمته الخ)

و) العبد (سيدته) لأن المملوكية تنافى المالكية ، نعم لو فعله المولى احتياطا كان حسنا ،

أى ولو ملك بعضها وكذا المرأة لولم تملك سوى سهم واحد منه فتح : زاد فى الجوهرة : وكذا إذا ملك أحدهما صاحبه أو بعضها فسد النكاح ، وأما المأذون والمدبر إذا اشتريا زوجتهما لم يفسد النكاح لأنهما لايملكانها بالعقد ؛ وكذا المكاتب لأنه لايملكها بالعقد وإنما يثبت له فيها حق الملك ، وكذا قال أبو حنيفة فيمن اشترى زوجته ، وهو فيها بالخيار لم يفسد نكاحها على أصله أن خيار المشترى لايدخل المبيع فى ملكه اه (قوله لأن المملوكية الخ) علة للمسألتين. قال فى الفتح: لأن النكاح ماشرع إلا مثمرا ثمرات مشتركة فى الملك بين المتناكحين، منها: ماتختص هى بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل إلا بإذن ، ومنها: ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين ، والقرار فى المنزل والتحصن عن غيره ، ومنها : ما يكون الملك فى كل منها مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد فى حق الإضافة ، والمملوكية تنافى المالكية فقد نافت لازم عقد النكاح ، ومنافى اللازم مناف للملزوم وبه سقط ماقيل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح ، لأن الفرض أن لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا على الخلوص والرق يمنعه (قوله نعم لو فعله الخ) يشير إلى أن المراد بالحرمة فى قوله وحرم مطلق المنع لاخصوص مايتبادر منها من المنع على وجه يترتب عليه الإثم ، وإلا امتنع فعل الحرام للتنزه عن أمر موهوم فى تزوج السيد أمته أو المراد بها نفى وجود العقد الشرعى المثمر لثمراته كما يشير إليه مامر عن الفتح ، وهذا معنى ما فى الجوهرة ، وكذا فى البحر عن المضمرات : المراد به فى أحكام النكاح من ثبوت المهر فى ذمة المولى وبقاء النكاح بعد الإعتاق ، ووقوع الطلاق عليها وغير ذلك . أما إذا تزوجها متنزها عن وطئها حراما على سبيل الاحتمال فهو حسن لاحتمال أن تكون حرة أو معتقة الغير أو محلوفا عليها بعتقها ، وقد حنث الحالف وكثيرا ما يقع لاسيما إذا تداولتها الأيدى اه .

مطلب مهم فى وطء السرارى اللاتى يؤخذن غنيمة فى زماننا

قلت : ولا سيما السرارى اللاتى يؤخذن غنيمة فى زماننا للتيقن بعدم قسمة الغنيمة ، فيبقى فيهن حق أصحاب الخمس وبقية الغانمين ، وما ذكره الشارح فى الجهاد عن المفتى أبى السعود من أنه فى زمانه وقع من السلطان التنفيل العام فبعد إعطاء الخمس لاتبقى شبهة فى حل وطئهن اه فهو غير مفيد. أما أولا فلأن التنفيل العام غير صحيح سواء شرط فيه السلطان أخذ الخمس أولا ، لأن فيه إبطال السهام المقدرة كما نص على ذلك الإمام السرخسى فى شرح السير الكبير ،وأما ثانيا : فلأن تنفيل سلطان زمانه لايبقى إلى زماننا ، وأما ثالثا فلأنه نفى الشبهة باعطاء الخمس . ومن المعلوم فى زماننا أن كل من وصلت يده من العسكر إلى شئ يأخذه ولا يعطى خمسه ، فينبغى أن يكون العقد واجبا إذا علم أنها مأخوذة من الغنيمة ، ولذا قال بعض الشافعية إن وطء السرارى اللاتى يجلبن اليوم من الروم والهند والترك حرام ؛ وأما قوله فى الأشباه بعد نقله ذلك عنه فى قاعدة الأصل فى الأبضاع التحريم أن هذا ورع لاحكم لازم فإن الجارية المجهولة الحال المرجع فيها إلى صاحب اليد إن كانت صغيرة ،وإلى إقرارها إن كانت كبيرة وإن علم حالها فلا إشكال اه . فهذا إنما هو فى غير ماعلم أنها أخذت من الغنيمة ، أما ماعلم فيها ذلك ففيها ماذكرناه لكن قد يقال إنه يحتمل أن يكون باعها الإمام أو أحد من العسكر وأجاز الإمام بيعه، أما بدون ذلك فقد نص فى شرح السير الكبير على أن بيع الغازى سهمه قبل القسمة باطل كإعتاقه لكن العقد عليها لايرفع الشبهة لأنها إذا كانت غنيمة تكون مشتركة بين الغانمين وأصحاب الخمس فلا يصح تزويجها نفسها ، بل الرافع للشبهة شراؤها من وكيل بيت المال أو التصدق بها على فقير ثم شراؤها منه ، وسيأتى إن شاء الله تعالى تمام تحرير

وفيه ما لا يخفى فى عدم عدها خامسة ونحوه من عدم الاحتياط (و) حرم نكاح (الوثنية) بالإجماع (وصح نكاح كتابية) وإن كره تنزيها (مؤمنة بنبى) مرسل (مقرة بكتاب) منزل وإن اعتقدوا المسيح إلها ، وكذا حل ذبيحتهم على المذهب بحر. وفى النهر : تجوز مناكحة المعتزلة لأنا لانكفر أحدا من أهل القبلة إن وقع إلزاما فى المباحث

هذه المسألة فى الجهاد (قوله وفيه الخ) هذا مأخوذ من الشرنبلالية ، وقوله ونحوه أى كعدم القسم لها وعدم إيقاع الطلاق عليها ، وعدم ثبوت نسب ولدها بلا دعوى ، لكن لايخفى أن الاحتياط فى العقد عليها إنما هو عند احتمال عدم صحة الملك احتمالا قويا ليقع الوطء حلالا بلا شبهة ، ولا يلزم من العقد عليها لذلك أن لايعدها على نفسه خامسة ونحوه ، بل نقول ينبغى له الاحتياط فى ذلك أيضا (قوله وحرم نكاح الوثنية) نسبة إلى عبادة الوثن وهو ماله جثة أى صورة إنسان من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر تنحت والجمع أوثان ، والصنم صورة بلا جثة هكذا فرق بينهما كثير من أهل اللغة ، وقيل لافرق ، وقيل يطلق الوثن على غير الصورة كذا فى البناية نهر ، وفى الفتح : ويدخل فى عبدة الأوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التى استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية. وفى شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده اهـ .

قلت : وشمل ذلك الدروز والنصيرية والتيامنة ، فلاتحل مناكحتهم ، ولاتؤكل ذبيحتهم لأنهم ليس لهم كتاب سماوى وأفاد بحرمة النكاح حرمة الوطء بملك اليمين كما يأتى ، والمراد الحرمة على المسلم لما فى الخانية : وتحل المجوسية والوثنية لكل كافر إلا المرتد (قوله كتابية) أطلقه فشمل الحربية والذمية والحرة والأمة ح عن البحر (قوله وإن كره تنزيها) أى سواء كانت ذمية أو حربية ، فإن صاحب البحر استظهر أن الكراهة فى الكتابية الحربية تنزيهية فالذمية أولى اهـ ح.

قلت : علل ذلك فى البحر بأن التحريمية لابد لها من نهى أو مافى معناه ، لأنها فى رتبة الواجب اهـ. وفيه أن إطلاقهم الكراهة فى الحربية يفيد أنها تحريمية ، والدليل عند المجتهد على أن التعليل يفيد ذلك ؛ ففى الفتح ويجوز تزوج الكتابيات ، والأولى أن لايفعل ، ولا يأكل ذبيحتهم إلا للضرورة ، وتكره الكتابية الحربية إجماعا لافتتاح باب الفتنة من إمكان التعلق المستدعى للمقام معها فى دار الحرب ، وتعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسبى وهى حبلى فيولد رقيقا وإن كان مسلما اهـ فقوله : والأولى أن لايفعل يفيد كراهة التنزيه فى غير الحربية ، وما بعده يفيد كراهة التحريم فى الحربية تأمل (قوله مؤمنة بنبى) تفسير للكتابية لاتقييد ط (قوله مقرة بكتاب) فى النهر عن الزيلعى : واعلم أن من اعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فهو من أهل الكتاب فتجوز مناكحتهم وأكل ذبائحهم (قوله على المذهب) أى خلافا لما فى المستصفى من تقييد الحل بأن لايعتقدوا ذلك. ويوافقه مافى مبسوط شيخ الإسلام يجب أن لايأكلوا ذبائح أهل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيرا إله ولا يتزوجوا نساءهم قيل وعليه الفتوى ، ولكن بالنظر إلى الدليل ينبغى أنه يجوز الأكل والتزوج اهـ .

قال فى البحر : وحاصله أن المذهب الاطلاق لما ذكره شمس الأئمة فى المبسوط من أن ذبيحة النصرانى حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة أولا لإطلاق الكتاب هنا والدليل ، ورجحه فى فتح القدير بأن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا لأكلهم مع أن مطلق لفظ الشرك إذا ذكر فى لسان الشرع لاينصرف إلى أهل الكتاب ، وإن صح لغة فى طائفة أو طوائف لما عهد من إرادته به من عبد مع الله تعالى غيره ممن لايدعى اتباع نبى وكتاب إلى آخر ماذكره اهـ (قوله وفى النهر الخ) مأخوذ من الفتح حيث قال : وأما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم ، لأن الحق عدم تكفير أهل القبلة وإن وقع إلزاما فى المباحث ، بخلاف من

(لا) يصح نكاح (عابدة كوكب لا كتاب لها) ولا وطؤها بملك يمين (والمجوسية والوثنية). هذا ساقط من نسخ الشرح ثابت فى نسخ المتن، وهو عطف على عابدة كوكب، وقوله (والمحرمة) بحج أو عمرة (ولو بمحرم) عطف

خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفى العلم بالجزئيات على ماصرح به المحققون.

وأقول: وكذا القول بالإيجاب بالذات ونفى الاختيار اه وقوله: وإن وقع الزاما فى المباحث معناه وإن وقع التصريح بكفر المعتزلة ونحوهم عند البحث معهم فى رد مذهبهم بأنه كفر أى يلزم من قولهم بكذا الكفر، ولا يقتضى ذلك كفرهم لأن لازم المذهب ليس بمذهب. وأيضا فإنهم ماقالوا ذلك إلا لشبهة دليل شرعى على زعمهم وإن أخطأوا فيه، ولزمهم المحذور على أنهم ليسوا بأدنى حالا من أهل الكتاب، بل هم مقرون بأشرف الكتب، ولعل القائل بعدم حل مناكحتهم يحكم بردتهم بما اعتقدوه وهو بعيد، لأن ذلك أصل اعتقادهم، فإن سلم أنه كفر لا يكون ردة: قال فى البحر: وينبغى أن من اعتقد مذهبا يكفر به إن كان قبل تقدم الاعتقاد الصحيح فهو مشرك، وإن طرأ عليه فهو مرتد اه وبهذا ظهر أن الرافضى إن كان ممن يعتقد الألوهية فى على، أو أن جبريل غلط فى الوحى، أو كان ينكر صحبة الصديق، أو يقذف السيدة الصديقة فهو كافر لمخالفته القواطع المعلومة من الدين بالضرورة؛ بخلاف ما إذا كان يفضل عليا أو يسب الصحابة فإنه مبتدع لا كافر كما أوضحته فى كتابى تنبيه الولاة والحكام على أحكام شاتم خير الأنام أو أحد أصحابه الكرام عليه وعليهم الصلاة والسلام.

[تنبيه] قيل: لاتجوز مناكحة من يقول أنا مؤمن إن شاء الله تعالى لأنه كافر. قال فى البحر: إنه محمول على من يقوله شكا فى إيمانه والشافعية لا يقولون بذلك فتجوز المناكحة بيننا وبينهم بلا شبهة اه وحقق ذلك فى الفتح بأن الشافعية يريدون به إيمان الموافاة كما صرحوا به، وهو الذى يقبض عليه العبد وهو إخبار عن نفسه بفعل فى المستقبل أو استصحابه إليه فيتعلق به قوله تعالى — ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله — غير أنه عندنا خلاف الأولى، لأن تعويد النفس بالجزم فى مثله ليصير ملكة خير من إدخال أداة التردد فى أنه هل يكون مؤمنا عند الموافاة أولا اه (قوله لا عابدة كوكب لا كتاب لها) هذا معنى الصابئة المذكورة فى المتون على أحد التفسيرين فيها: قال فى الهداية: ويجوز تزوج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبى ويقرون بكتاب لأنهم من أهل الكتاب، وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لأنهم مشركون، والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل أجاب على ماوقع عنده. وعلى هذا حال ذبيحتهم اه أى الخلاف بين الإمام القائل بالحل بناء على تفسيره بأن لهم كتابا ولكنهم يعظمون الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة، وبين صاحبيه القائلين بعدم الحل بناء على أنهم يعبدون الكواكب. قال فى الفتح: فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم. قال فى البحر: وظاهر الهداية أن منع مناكحتهم مقيد بقيدين عبادة الكواكب وعدم الكتاب، فلو كانوا يعبدون الكواكب ولهم كتاب تجوز مناكحتهم، وهو قول بعض المشايخ زعموا أن عبادة الكواكب لا تخرجهم عن كونهم أهل كتاب، والصحيح أنهم إن كانوا يعبدونها حقيقة فليسوا أهل كتاب، وإن كانوا يعظمونها كتعظيم المسلمين للكعبة فهم أهل كتاب كذا فى المجتبى اه.

فعلى هذا فقول المصنف لا كتاب لها مفهوم له، لكن ما مر من حل النصرانية وإن اعتقدت المسيح إلها يؤيد قول بعض المشايخ أفاده فى النهر (قوله والمجوسية) نسبة إلى مجوس وهم عبدة النار، وعدم جواز نكاحهم ولو بملك يمين مجمع عليه عند الأئمة الأربعة خلافا لداود بناء على أنه كان لهم كتاب ورفع وتمامه فى الفتح (قوله هذا ساقط الخ) فيه اعتذار عن تكرار الوثنية ودفع إيهام العطف فى المحرمة (قوله ولو بمحرم) المناسب

على كتابية فتنبه (والأمة ولو) كانت (كتابية أو مع طول الحرة) الأصل عندنا أن كل وطء يحل بملك يمين يحل بنكاح ومالا فلا (وإن كره) تحريما في المحرمة وتنزيها في الأمة (وحرة على أمة لا) يصح (عكسه ولو) أم ولد (في عدة حرة) ولو من بائن

لمحرم باللام ، لأن النكاح المقدر في المعطوف عليه لا يتعدى بالباء إلا أن يدعى تضمنه معنى التزوج فإنه يتعدى بالباء في لغة قليلة (قوله أو مع طول الحرة) أي مع القدرة على مهرها ونفقتها وهو بالفتح في الأصل الفضل ، ويعدى بعلى وإلى ، فطول الحرة متسع فيه بحذف الصلة ، ثم الإضافة إلى المفعول على ما أشار إليه المطرزى قهستاني (قوله الأصل الخ) قد يناقش فيه بالأمة المملوكة بعد الحرة فإنه يجوز وطؤها ملكا ، ولا يجوز أن ينكح الأمة على الحرة ط (قوله تحريما في المحرمة وتنزيها في الأمة) أما الثاني فهو ما استظهره في البحر من كلام البدائع ، ومثله في القهستاني ، وأيده بقول المبسوط والأولى أن لا يفعل :

وأما الأول فهو ما فهمه في النهر من كلام الفتح ، وهو فهم في غير محله فإنه في الفتح ذكر دليل المسألة لنا ، وهو ما أخرجه الستة عن ابن عباس « تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم وبنى بها وهو حلال» وذكر دليل الأئمة الثلاثة وهو ما أخرجه الجماعة إلا البخاري من قوله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح » أي بفتح الياء في الأول وضمها في الثاني مع كسر الكاف ، ومن فتحها في الثاني فقد صحف بحر . زاد مسلم « ولا يخطب » ثم أجاب بترجيح الأول من وجوه . ثم أجاب على تسليم التعارض بحمل الثاني إما على نهي التحريم والنكاح فيه للوطء أو على نهي الكراهية جمعا بين الدلائل ، وذلك لأن المحرم في شغل عن مباشرة عقود الأنكحة لأن ذلك يوجب شغل قلبه عن إحسان العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات ، ويتضمن تنبيه النفس بطلب الجماع ، وهذا محمل قوله ولا يخطب ، ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لأن المعنى المنوط به الكراهة هو عليه الصلاة والسلام منزه عنه ، ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه كالوصال نهانا عنه وفعله اه :

وحاصله أن لا ينكح إن كان المراد به الوطء فالنهي للتحريم ، وهذا قطعي لا شبهة فيه أو العقد فالنهي للكراهية ، وما ذكره من الوجه لا يقتضي كراهة التحريم وإلا حرم تجارة المحرم في الإماء ، فإن فيه أيضا شغل القلب وتنبيه النفس للجماع ، ويؤيده قوله وهذا محمل قوله : ولا يخطب على أنه قد صرح في شرح درر البحار بأن النهي للتنزيه . وقول الكنز : وحل تزوج الكتابية والصابئة والمحرمة صريح في ذلك فإن المكروه تحريما لا يحل فافهم (قوله لا يصح عكسه) أي ولا جمعهما في عقد واحد ، بل يصح في الجمع نكاح الحرة لا الأمة كما صرح به الزيلعي وغيره . وما في الأشباه في قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام ، ومن أنه يبطل فيهما سبق قلم :

هذا وحرمة إدخال الأمة على الحرة إذا كان نكاح الحرة صحيحا ، فلو دخل بالحرة بنكاح فاسد لايمنع الأمة شرنبلالية :

[فرع] تزوج أمة بلا إذن مولاها ولم يدخل حتى تزوج حرة ثم أجاز المولى لم يجز ، لأن الحل إنما يثبت عند الإجازة فكانت في حكم الإنشاء فيصير متزوجا أمة على حرة ، ولو تزوج ابنتها الحرة قبل الاجازة جاز لأن النكاح الموقوف عدم في حق الحل فلا يمنع نكاح غيرها بحر عن المحيط ملخصا (قوله ولو أم ولد) شمل المدبرة والمكاتبة كما في البحر (قوله في عدة حرة) من مدخول المبالغة أي ولو في عدة حرة (قوله ولو من بائن) أشار

(وصح لوراجعها) أى الأمة (على حرة) لبقاء الملك (ولو تزوج أربعاً من الإماء وخمسا من الحرائر فى عقد) واحد (صح نكاح الإماء) لبطلان الخمس (و) صح (نكاح أربع من الحرائر والإماء فقط للحر) لا أكثر (وله التسرى بما شاء من الإماء) فلوله أربع وألف سرية وأراد شراء أخرى فلامه رجل خيف عليه الكفر ولو أراد فقالت امرأته أقتل نفسى لايمتنع لأنه مشروع ، لكن لوترك لئلا يغمها يؤجر لحديث « من رق لأمتى رق الله له » بزازية (ونصفها للعبد) ولو مدبرا (ويمتنع عليه غير ذلك) فلا يحل له التسرى أصلا لأنه لا يملك إلا الطلاق (و) صح نكاح (حبلى من زنى لا) حبلى (من غيره) أى الزنى لثبوت نسبه ولو من حربى أو سيدها

به إلى خلاف قولها بجوازه واتفقوا على المنع فى الرجعى (قوله لبقاء الملك) أى ملك نكاح الأمة لأنها لم تخرج بالطلاق الرجعى عن النكاح فالحرة هى الداخلة على الأمة (قوله فى عقد واحد) أىعلى التسع ح (قوله لبطلان الخمس) مفاده أنه لو كانت الحرائر أربعا صح فيهن وبطل فى الإماء كما فى جمع الحرة مع الأمة بعقد واحد ، يوضحه ما نقله الرحمتى عن كافى الحاكم أن أصل ذلك أنه ينظر فى نكاح الحرائر ، فإن كان جائزا لوكن وحدهن أجزنه وأبطلت نكاح الاماء ، وإن كان غير جائز أبطلته وأجزت نكاح الإماء إن كان يجوز لوكن وحدهن اه.

قلت : ويستفاد منه ما لوكان جملة الحرائر والاماء لم تزد على أربع فإنه يجوز فى الحرائر فقط وهو صريح ما ذكرناه آنفا عند قوله لا يصح عكسه (قوله سرية) نسبة إلى السر وهو النكاح ، والتزم ضم السين كضم الدال فى دهرية نسبة إلى الدهر أو إلى السرور لحصوله بها ط (قوله خيف عليه الكفر) لقوله تعالى — إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين — بزازية — ومقتضاه أن مثله لو لامه على التزوج على امرأته وما فرق به فى البحر من أن فى الجمع بين الحرائر مشقة بسبب وجوب العدل بينهما بخلاف الجمع بين السرارى فإنه لاقسم بينهن مما لا أثر له مع النص نهر أى لأن النص نفى اللوم عن الجهتين .

وقد يقال : إن المتبادر من اللوم على التسرى هواللوم على أصل الفعل بخلاف اللوم على تزوج أخرى ، فإن المتبادر منه اللوم على ما يلحقه من خوف الجور لا على أصل الفعل ، فيكون عملا بقوله تعالى — فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة — فهذا وجه مافرق به فى البحر أخذ من تنصيصهم على اللوم على التسرى فقط . والتحقيق أنه إن أراد اللوم على أصل الفعل بمعنى أنك فعلت أمرا قبيحا فهو كافر فى الموضعين ، وإن كان بمعنى أنك فعلت ماتركه لك أولى لما يلحقك من التعب فى النفقة وكثرة العيال وإضرار الزوجة بالتسرى أو بالتزوج عليها ونحو ذلك فلا كفر فى الموضعين ، وإن لم يلاحظ شيئا من المعنيين فلا كفر فى الموضعين أيضا ، لكن قالوا يخشى عليه الكفر فى الأول لأن المتبادر منه اللوم على أصل الفعل دون الثانى لتبادر خلافه كما قلنا ، هذا ما ظهر لى ، والله تعالى أعلم فافهم (قوله لحديث من رق لأمتى) أى رحمها «رق الله له» أى أثابه وأحسن إليه ط (قوله ولو مدبرا) مثله المكاتب وابن أم الذى من غيز مولاها كما فى الغاية ط (قوله ويمتنع عليه) أى على العبد ولو مكاتبا كما فى البحر (قوله أصلا) أى وإن أذن له به المولى (قوله لأنه لا يملك) أى فى هذا الباب إلا الطلاق فلا ينافى أنه يملك غيره كالإقرار على نفسه ونحوه (قوله وصح نكاح حبلى من زنى) أى عندهما . وقال أبو يوسف لا يصح والفتوى على قولها ، كما فى القهستانى عن المحيط . وذكر التمرتاشى أنها لانفقة لها وقيل لها ذلك ، والأول أرجح لأن المانع من الوطء من جهتها بخلاف الحيض لأنه سماوى بحر عن الفتح (قوله حبلى من غيز الخ) شمل الحبلى من نكاح صحيح أو فاسد أو وطء شبهة أوملك يمين وما لو كان الحبل من مسلم أو ذمى أو حربى (قوله لثبوت نسبه) فهى فى العدة ونكاح المعتدة لا يصح ط (قوله ولو من حربى) كالمهاجرة والمسبية . وعن أبى حنيفة أنه يصح ، وصحح الزيلعى المنع وهو المعتمد .

المقربه (وإن حرم وطؤها) ودواعيه (حتى تضع) متصل بالمسألة الأولى لئلا يسقى ماؤه زرع غيره إذ الشعر ينبت منه .

[فروع] لو نكحها الزانى حل له وطؤها اتفاقا والولد له ولزمه النفقة ، ولو زوج أمته أو أم ولده الحامل بعد علمه قبل إقراره به جاز وكان نفيا دلالة نهر عن التوشيح (و) صح نكاح (الموطوءة بملك) يمين ولا يستبرئها زوجها

وفى الفتح أنه ظاهر المذهب بحر (قولة المقر به) بكسر القاف أشار به إلى أن ما فى الهداية من قوله ولوزوج أم ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل محمول على ماإذا أقر به لقوله وهى حامل منه . قال فى النهر : قال فى التوشيح : فعلى هذا ينبغى أنه لو زوجها بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح ويكون نفيا .

أقول : ومن هنا قد علمت أنه لو زوج غير أم ولده وهى حامل يجوز لأنه كان نفيا فيما لا يتوقف على الدعوى ففيما يتوقف عليها أولى اهـ (قوله ودواعيه) قال فى البحر : وحكم الدواعى على قولها كالوطء كما فى النهاية اهـ . قال ح : والذى فى نفقات البحر جواز الدواعى فليحرر اهـ .

قلت : والذى فى النفقات أن زوجة الصغير لو أنفق عليها أبوه ثم ولدت واعترفت أنها حبلى من الزنى لا ترد شيئا من النفقة لأن الحبلى من الزنى إن منع الوطء لا يمنع من دواعيه اهـ فيمكن الفرق بأن ماهنا فيمن كانت حبلى من الزنى ثم تزوجها وما فى النفقات فى الزوجة إذا حبلت من الزنى فتأمل . ولا يمكن الجواب بأن مافى النفقات على قول الإمام بدليل قول البحر هنا على قولهما لأن الضمير فى قولهما يعود إلى أبى حنيفة ومحمد القائلين بصحة النكاح ، وأما أبو يوسف فلا يقول بصحته من أصله فافهم (قوله متصل بالمسألة الأولى) الضمير فى متصل عائد على قول المصنف وإن حرم وطؤها حتى تضع فافهم (قوله إذ الشعر ينبت منه) المراد ازدياد نبات الشعر لا أصل نباته ، ولذا قال فى التبيين والكافى لأن به يزداد سمعه وبصره حدة كما جاء فى الخبر اهـ ، وهذه حكمته وإلا فالمراد المنع من الوطء لما فى الفتح قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماؤه زرع غيره »يعنى إتيان الحبلى رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن اهـ شرنبلالية (قوله اتفاقا) أى منهما ومن أبى يوسف ، فالخلاف السابق فى غير الزانى كما فى الفتح وغيره (قوله والولد له) أى إن جاءت بعد النكاح لستة أشهر مختارات النوازل ، فلو لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، لا يثبت النسب ، ولا يرث منه إلا أن يقول هذا الولد منى ، ولا يقول من الزنى خانية . والظاهر أن هذا من حيث القضاء ، أما من حيث الديانة فلا يجوز له أن يدعيه لأن الشرع قطع نسبه منه ، فلا يحل له استلحاقه به ولذا لو صرح بأنه من الزنى لا يثبت قضاء أيضا وإنما يثبت لو لم يصرح لاحتمال كونه بعقد سابق أو بشبهة حملا لحال المسلم على الصلاح ، وكذا ثبوته مطلقا إذا جاءت به لستة أشهر من النكاح لاحتمال علوقه بعد العقد وأن ما قبل العقد كان انتفاخا لا حملا ويحتاط فى إثبات النسب ما أمكن .

مطلب فيما لو زوج المولى أمته

(قوله ولو زوج أمته الخ) هذا محترز قوله المقر به كما أوضحناه قبل (قوله ولا يستبرئها زوجها) أى لا استحبابا ولا وجوبا عندهما . وقال محمد : لا أحب أن يطأها قبل أن يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما فى الشراء هداية . وقال أبو الليث قوله : أقرب إلى الاحتياط وبه نأخذ بناية . ووفق فى النهاية بأن محمدا إنما نفى الاستحباب ، وهما أثبتا الجواز بدونه فلا معارضة . واعترضه فى البحر بأنه خلاف

بل سيدها وجوبا على الصحيح ذخيرة (أو) الموطوءة (بزنى) أى جاز نكاح من رآها تزنى ، وله وطؤها بلا استبراء ، وأما قوله تعالى ــ والزانية لاينكحها إلا زان ــ فمنسوخ بآية ــ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ــ وفى آخر حظر المجتبى لايجب على الزوج تطليق الفاجرة ولاعليها تسريح الفاجر إلا إذا خافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس أن يتفرقا، فما فى الوهبانية ضعيف كما بسطه المصنف (و) صح نكاح (المضمومة إلى محرمة

مافى الهداية لكن استحسنه فى النهر بأنه لا ينبغى التردد فى نفس الاستبراء على قول . قال وبه يستغنى عن ترجيح قول محمد .

قلت : إذا كان الصحيح وجوب الاستبراء على المولى يسوغ نفى استحبابه عن الزوج لحصول المقصود . نعم لو علم أن المولى لم يستبرئها لاينبغى التردد فى استحبابه للزوج ، بل لو قيل بوجوبه لم يبعد، ويقربه أنه فى الفتح حمل قول محمد لا أحب على أنه يجب لتعليله باحتمال الشغل بماء المولى فإنه يدل على الوجوب . وقال فإن المتقدمين كثيرا مايطلقون أكره هذا فى التحريم أو كراهة التحريم وأحب فى مقابله اهـ .

قلت : وأصرح من ذلك قول الهداية لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما فى الشراء اهـ ومثله فى مختارات النوازل (قوله بل سيدها) أى بل يستبرئها سيدها وجوبا فى الصحيح وإليه مال السرخسى ، وهذا إذا أراد أن يزوجها وكان يطؤها ، فلو أراد بيعها يستحب ، والفرق أنه فى البيع يجب على المشترى فيحصل المقصود فلا معنى لإيجابه على البائع . وفى المنتقى عن أبى حنيفة أكره أن يبيع من كان يطؤها حتى يستبرئها ذخيرة (قوله وله وطؤها بلا استبراء) أى عندهما . وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها هداية ، والظاهر أن الترجيح المار يأتى هنا أيضا ولذا جزم فى النهر هنا بالندب إلاأن يفرق بأن ماء الزنى لا اعتبار له . بقى لوظهر بها حمل يكون من الزوج لأن الفراش له ، فلا يقال إنه يكون ساقيا زرع غيره ، لكن هذا ما لم تلده لأقل من ستة أشهر من وقت العقد ، فلو ولدته لأقل لم يصح العقد كما صرحوا به أى لاحتمال علوقه من غير الزنى بأن يكون بشبهة فلا يرد صحة تزوج الحبلى من زنى تأمل (قوله فمنسوخ بآية فانكحوا الخ) قال فى البحر بدليل الحديث « إن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله إن امرأتى لاتدفع يد لامس فقال عليه الصلاة والسلام طلقها فقال إنى أحبها وهى جميلة فقال عليه الصلاة والسلام استمتع بها » (قوله تطليق الفاجرة) الفجور العصيان كما فى المغرب (قوله ولا عليها) أى بأن تسىء عشرته أو تبذل له مالا ليخالعها (قوله إلا إذا خافا) استثناء منقطع ، لأن التفريق حينئذ مندوب بقرينة قوله فلا بأس لكن سيأتى أول الطلاق أنه يستحب لو مؤذية أو تاركة صلاة ويجب لوفات الإمساك بالمعروف ، فالظاهر أنه استعمل لا بأس هنا للوجوب اقتداء بقوله تعالى ــ فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ــ فان نفى البأس فى معنى نفى الجناح فافهم (قوله فما فى الوهبانية الخ) تفريع على قوله وله وطؤها بلا استبراء .

قال المصنف فى المنح : فإن قلت : يشكل على ماتقدم ما فى شرح النظم الوهبانى من أنه لو زنت زوجته لايقربها حتى تحيض لاحتمال علوقها من الزنى فلا يسقى ماؤه زرع غيره ، وصرح الناظم بحرمة وطئها حتى تحيض وتطهر وهو يمنع من حمله على قول محمد فانه إنما يقول بالاستحباب .

قلت : ماذكره فى شرح النظم ذكره فى النتف وهو ضعيف . قال فى البحر : لو تزوج بامرأة الغير عالما بذلك ودخل بها لا تجب العدة عليها حتى لايحرم على الزوج وطؤها وبه يفتى لأنه زنى والمزنى بها لا تحرم على زوجها ، نعم لووطئها بشبهة وجب عليها العدة وحرم على الزوج وطؤها ، ويمكن حمل مافى النتف على هذا اهـ (قوله والمضمومة إلى محرمة) بالتشديد كأن تزوج امرأتين فى عقد واحد إحداهما محل والأخرى غير محل لكونها محرما أو ذات

والمسمى) كله (لها) ولو دخل بالمحرمة فلها مهر المثل (وبطل نكاح متعة ومؤقت) وإن جهلت المدة أو طالت فى الأصح وليس منه مالو نكحها على أن يطلقها بعد شهر أو نوى مكثه معها مدة

زوج أو مشركة لأن المبطل فى إحداهما فيتقدر بقدره ، بخلاف ماإذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة حيث يبطل البيع فى الكل لما أنه يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح نهر (قوله والمسمى كله لها) أى للمحللة عند الإمام نظرا إلى أن ضم المحرمة فى عقد النكاح لغو كضم الجدار لعدم المحلية والانقسام من حكم المساواة فى الدخول فى العقد ، ولم يجب الحد بوطء المحرمة ، لأن سقوطه من حكم صورة العقد لامن حكم انعقاده فليس قوله بعدم الانقسام بناءعلى عدم الدخول فى العقد منافيا لقوله بسقوط الحد لوجود صورة العقد كماتوهم. وعندهما يقسم على مهر مثليهما وتمامه فى البحر(قوله فلها مهر المثل)أى بالغا مابلغ كما فى المبسوط وهو الأصح ،وماذكره فى الزيادات من أنه لا يجاوز المسمى فهو قولهما كما فى التبيين ، وإنما وجب بالغا مابلغ على مافى المبسوط ، لأنها لم تدخل فى العقد كما قدمناه عن البحر ، فلا اعتبار للتسمية أصلا .

فإن قلت : ماالفرق بينهما وبين ماإذا تزوج أختين فى عقدة واحدة ودخل بهما حيث أوجبتم لكل منهما الأقل من مهر المثل والمسمى ؟ .

قلت : هو أن كل واحدة منهما محل لإيراد العقدعليها وإنما الممتنع الجمع بينهما فلذلك قلنا بدخولهما فى العقد بخلاف ماهنا فإن المحرمة ليست محلا أصلا. والله تعالى الموفق ح (قوله وبطل نكاح متعة ومؤقت) قال فى الفتح: قال شيخ الإسلام فى الفرق بينهما أن يذكر الوقت بلفظ النكاح والتزويج وفى المتعة أتمتع أو أستمتع اه يعنى مااشتمل على مادة متعة . والذى يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود فى المتعة وتعيين المدة ، وفى المؤقت الشهود وتعيينها ، ولا شك أنه لادليل لهم على تعيين كون المتعة الذى أبيح ثم حرم هو مااجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بأنه كان أذن لهم فى المتعة ، وليس معناه أن من باشر هذا يلزمه أن يخاطبها بلفظ أتمتع ونحوه لماعرف أن اللفظ يطلق ويراد معناه ، فإذا قيل تمتعوا فمعناه أوجدوا معنى هذا اللفظ ، ومعناه المشهور أن يوجد عقدا على امرأة لايراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته ، بل إلى مدة معينة ينتهى العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد مادام معها إلى أن ينصرف عنها فلا عقد ، فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح المؤقت أيضا فيكون من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود اه ملخصا وتبعه فى البحر والنهر ،ثم ذكر فى الفتح أدلة تحريم المتعة وأنه كان فى حجة الوداع وكان تحريم تأبيد لا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة ،ونسبة الجواز إلى مالك كما وقع فى الهداية غلط ، ثم رجح قول زفر بصحة المؤقت على معنى أنه ينعقد مؤبدا ويلغو التوقيت ، لأن غاية الأمر أن المؤقت متعة وهو منسوخ ، لكن المنسوخ معناها الذى كانت الشريعة عليه وهو ماينتهى العقد فيه بانتهاء المدة ، فالغاء شرط التوقيت أثر النسخ ، وأقرب نظير إليه نكاح الشغار وهو أن يجعل بضع كل من المرأتين مهرا للأخرى ، فإنه صح النهى عنه وقلنا يصح موجبا لمهر المثل لكل منهما فلم يلزمنا النهى ، بخلاف مالو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد فإنه لا ينعقد وإن حضره الشهود لأنه لايفيد ملك المتعة كلفظ الإحلال فإن من أحل لغيره طعاما لايملكه فلم يصلح مجازا عن معنى النكاح كمامر اه ملخصا (قوله وإن جهلت المدة) كأن يتزوجها إلى أن ينصرف عنها كما تقدم ح (قوله أو طالت فى الأصح) كأن يتزوجها إلى مائتى سنة وهو ظاهر المذهب وهو الصحيح كما فى المعراج لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة بحر (قوله وليس منه الخ) لأن اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبدا وبطل الشرط بحر (قوله أو نوى الخ)

معينة ولا بأس بتزوج النهاريات عيني (و) يحل (له وطء امرأة ادعت عليه) عند قاض (أنه تزوجها) بنكاح صحيح (وهي) أي والحال أنها (محل للإنشاء) أي لإنشاء النكاح خالية عن الموانع (وقضى القاضي بنكاحها ببينة) أقامتها (ولم يكن في نفس الأمر تزوجها. وكذا) تحل له (لو ادعى هو نكاحها) خلافا لهما، وفي الشرنبلالية عن المواهب وبقولهما يفتى (ولو قضى بطلاقها بشهادة الزور مع علمها) بذلك نفذ و (حل لها التزوج بآخر بعد

لأن التوقيت إنما يكون باللفظ بحر (قوله ولا بأس بتزوج النهاريات) وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهارا دون الليل فتح . قال في البحر : وينبغي أن لا يكون هذا الشرط لازما عليها ولها أن تطلب المبيت عندها ليلا لما عرف في باب القسم اه أي إذا كان لها ضرة غيرها، وشرط أن يكون في النهار عندها وفي الليل عند ضرتها، أما لو لا ضرة لها فالظاهر أنه ليس لها الطلب ، خصوصا إذا كانت صنعته في الليل كالحارس بل سيأتي في القسم عن الشافعية أن نحو الحارس يقسم بين الزوجات نهارا واستحسنه في النهر (قوله ويحل له الخ) وكذا يحل لها تمكينه من الوطء، نعم الإثم في الإقدام على الدعوى الباطلة كما في البحر ، وثبوت الحل مبني على قول الإمام بنفوذ القضاء بهذا النكاح باطنا ، وكذا ينفذ ظاهرا اتفاقا فتجب النفقة والقسم وغير ذلك (قوله عند قاض) هل المحكم مثله ليحرر ط .

قلت : الظاهر نعم لأنهم إنما فرقوا بينهما في أنه لا يحكم بقصاص وحدودية على عاقلة (قوله بنكاح صحيح) احترز به عن الفاسد لأنه لا يفيد حل الوطء ولو صدر حقيقة ط (قوله خالية عن الموانع) تفسير لكونها محلا للإنشاء والموانع مثل كونها مشركة أو محرما له أو زوجة الغير أو معتدته ح (قوله وقضى القاضي بنكاحها) ويشترط لنفاذ القضاء باطنا عند الإمام حضور شهود عند قوله قضيت ، وبه أخذ عامة المشايخ ، وقيل : لا لأن العقد ثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن ، وما ثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله أعتق عبدك عني بألف . وفي الفتح أنه الأوجه ويدل عليه إطلاق المتون بحر . قلت : لكن ذكر في البحر في كتاب القاضي إلى القاضي أن المعتمد الأول (قوله ولم يكن الخ) الجملة حالية (قوله خلافا لهما) راجع للمسألتين وهذا بناء على أنه لا ينفذ القضاء باطنا عندهما بشهادة الزور ولو في العقود والفسوخ لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة ، وله أن الشهود صدقة عنده ، وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق ، وأمكن تنفيذ القضاء باطنا بتقديم النكاح فينفذ قطعا للمنازعة . وطعن فيه بعض المغاربة بأنه يمكنه قطع المنازعة بالطلاق ، فأجابه الأكمل بأنك إن أردت الطلاق غير المشروع فلا يعتبر أو المشروع ثبت المطلوب ، إذ لا يتحقق إلا في نكاح صحيح . وتعقبه تلميذه قارئ الهداية بأن له أن يريد غير المشروع ليكون طريقا لقطع المنازعة . وتعقبهما تلميذه ابن الهمام بأن الحق التفصيل وهو أنه يصلح لقطع المنازعة إن كانت هي المدعية . أما لو كان هو المدعي فلا يمكنها التخلص منه إلا بالنفاذ باطنا مع أن الحكم أعم من دعواها أو دعواه (قوله وبقولهما يفتى) قال الكمال وقول الإمام أوجه . واستدل له بدلالة الإجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضى به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وإن كان فيه إتلاف ماله ، فإنه ابتلي ببليتين فعليه أن يختار أهونهما وذلك مايسلم له فيه دينه اه وللعلامة قاسم رسالة في هذه المسألة أطال فيها الاستدلال لقول الإمام فراجعها .

قلت : وحيث كان الأوجه قول الإمام من حيث الدليل على ما حققه في الفتح وفي تلك الرسالة فلا يعدل عنه لما تقرر أنه لا يعدل عن قول الإمام إلا لضرورة أو ضعف دليله كما أوضحناه في منظومة رسم المفتي وشرحها

العدة وحل للشاهد) زورا (تزوجها وحرمت على الأول) وعند الثاني لاتحل لهما ، وعند محمد تحل للأول مالم يدخل الثاني وهي من فروع القضاء بشهادة الزور كما سيجيء (والنكاح لايصح تعليقه بالشرط) كتزوجتك إن رضي أبي لم ينعقد النكاح لتعليقه بالخطر كما في العمادية وغيرها ، فما في الدرر فيه نظر (ولا إضافته إلى المستقبل) كتزوجتك غدا أو بعد غد لم يصح (ولكن لايبطل) النكاح (بالشرط الفاسد و) إنما (يبطل الشرط دونه) يعني لو عقد مع شرط فاسد لم يبطل النكاح بل الشرط بخلاف مالو علقه بالشرط (إلا أن يعلقه بشرط) ماض (كائن) لامحالة (فيكون تحقيقا) فينعقد في الحال كأن خطب بنتاً لابنه فقال أبوها زوجتها قبلك من فلان فكذبه فقال إن لم أكن زوجتها لفلان فقد زوجتها لابنك فقبل ثم علم كذبه انعقد لتعليقه بموجود ، وكذا إذا وجد المعلق عليه في المجلس ، كذا ذكره جواهر زاده وعممه المصنف بحثا

(قوله وحل للشاهد) وكذا لغيره بالأولى لعدم علمه بحقيقة الحال (قوله لاتحل لهما) أي للزوج المقضى عليه والزوج الثاني . أما الثاني فظاهر بناء على أن القضاء بالزور لاينفذ باطنا عندهما ، وأما الأول فلأن الفرقة وإن لم تقع باطنا لكن قول أبي حنيفة أورث شبهة ، ولأنه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه كذا في رسالة العلامة قاسم (قوله مالم يدخل الثاني) فإذا دخل بها حرمت على الأول لوجوب العدة كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة بحر (قوله وهي) أي هذه المسائل الثلاث (قوله كما سيجيء) أي في كتاب القضاء (قوله والنكاح لايصح تعليقه بالشرط) المراد أن النكاح المعلق بالشرط لايصح لامايوهمه ظاهر العبارة من أن التعليق يلغو ويبقى العقد صحيحا كما في المسألة الآتية ، وهذا منشأ توهم الدرر الآتي (قوله لتعليقه بالخطر) بفتح الخاء المعجمة والطاء المهملة مايكون معدوما يتوقع وجوده اهـ ح (قوله فما في الدرر) حيث قال : لايصح تعليق النكاح بالشرط مثل أن يقول لبنته إن دخلت الدار زوجتك فلانا وقال فلان تزوجتها فإن التعليق لايصح وإن صح النكاح (قوله فيه نظر) لأنه صرح بعدم صحة النكاح المعلق في الفتح والخلاصة والبزازية عن الأصل والخانية والتتارخانية وفتاوى أبي الليث وجامع الفصولين والقنية . ولعله اشتبه عليه النكاح المعلق على شرط بالنكاح المشروط معه شرط فاسد وبينهما فرق واضح شرنبلالية (قوله كتزوجتك) بفتح كاف الخطاب (قوله لم يصح) كلام المتن غني عنه (قوله ولكن لايبطل الخ) لما كان يتوهم أنه لافرق بين النكاح المعلق بالشرط الفاسد والمقرون بالشرط الفاسد كما وقع لصاحب الدرر أتى بالاستدراك وإن كان الثاني مسألة مستقلة ، ولذا قال الشارح بعده بخلاف مالو علقه بالشرط ، وفيه تنبيه على منشأ وهم الدرر فافهم (قوله يعني لو عقد) أتى بالعناية لإيهام كلام المصنف أن هذا من تتمة المسألة الأولى مع أنه مسألة مستقلة ، وإنما أتى في أولها بالاستدراك للتنبيه المار (قوله مع شرط فاسد) كما إذا قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر فيصح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل (قوله إلا أن يعلقه) استثناء من قوله لايصح تعليقه بالشرط (قوله ماض) أي مستمر إلى الحال ، وقيد به احترازا عن تعليقه بمستقبل كائن لامحالة كمجيء الغد ، وقوله كائن وإن كان اسم فاعل وهو حقيقة في المتلبس بالفعل في الحال لكنه يستعمل بالمعنى الثاني فافهم (قوله وكذا الخ) عطف على قوله إلا أن يعلقه ومثاله مافي المنح عن الفصول العمادية : لو قال تزوجتك بألف درهم إن رضي فلان اليوم ، فإن كان فلان حاضرا فقال رضيت جاز النكاح استحسانا ، وإن كان غير حاضر لم يجز اهـ (قوله وعممه المصنف بحثا) حيث قال بعد نقل كلام العمادية : وينبغي أن يجرى هذا التفصيل في مسألة التعليق برضا الأب إذ لافرق بينهما فيما يظهر اهـ أي لافرق بين إن رضي أبي أو إن رضي فلان في التفصيل فيهما .

قلت : بل إذا جاز التعليق برضا فلان الأجنبي الحاضر يجوز تعليقه برضا الأب بالأولى لأن الأب له ولاية

لكن فى النهر قبيل كتاب الصرف فى مسألة التعليق برضا الأب والحق الإطلاق فليتأمل المفتى :

باب الولى

(هو) لغة : خلاف العدو . وعرفا : العارف بالله تعالى وشرعا : (البالغ العاقل الوارث) ولو فاسقا على المذهب مالم يكن متهتكا ، وخرج نحو صبى ووصى

فى الجملة ، وله حق الاعتراض لو الزوج غير كفء ، وله كمال الشفقة فيختار لها المناسب فكيف يقال بالجواز فى الأجنبى دون الأب على أنه قد نص على هذا التفصيل فى مسألة الأب أيضا فى الظهيرية حيث قال : لو كان الأب حاضرا فى المجلس فقبل جاز فما بحثه المصنف موافق للمنقول (قوله لكن فى النهر) استدراك على مابحثه المصنف . وعبارة النهر بعد أن ذكر كلام الظهيرية ، وهو مشكل والحق مافى الخانية اه . والذى فى الخانية هو قوله : تزوجتك إن أجاز أبى أو رضى فقالت قبلت لايصح لأنه تعليق والنكاح لايحتمل التعليق اه .

قلت : الظاهر حمل مافى الخانية على ما إذا كان الأب غير حاضر فى المجلس ، أو على أن ذلك هو القياس لأنه فى الخانية ذكر بعد ذلك مسألة التعليق برضا فلان فقال إن كان فلان حاضرا فى المجلس ورضى جاز استحسانا وإلا فلا وإن رضى اه وبما قلنا يحصل التوفيق بين كلاميه مالم يثبت الفرق بين الأب وغيره ، وقد علمت من عبارة الظهيرية عدمه وأن الجواز فى الأب ثابت بالأولى ولم نر أحدا صرح بتصحيح خلاف هذا حتى يتبع فافهم :

باب الولى

لما ذكر النكاح وألفاظه ومحله شرع فى بيان عاقده وأخره لأنه ليس من شروط صحته فى جميع الصور والولى فعيل بمعنى فاعل ط (قوله وعرفا) أى فى عرف أهل أصول الدين . قال فى البحر : وفى أصول الدين هو العارف بالله تعالى بأسمائه وصفاته حسبما يمكن المواظب على الطاعات المجتنب عن المعاصى الغير المنهمك فى الشهوات واللذات كما فى شرح العقائد ح (قوله الوارث) كذا فى الفتح وغيره . قال الرملى : وذكره مما لاينبغى إذ الحاكم ولى وليس بوارث اه .

قلت : وكذا سيد العبد فالتعريف خاص بالولى من جهة القرابة (قوله على المذهب) وما فى البزازية من أن الأب أو الجد إذا كان فاسقا ، فللقاضى أن يزوج من الكفء . قال فى الفتح إنه غير معروف فى المذهب (قوله مالم يكن متهتكا) فى القاموس : رجل منهتك ومتهتك ومستهتك لايبالى أن يهتك ستره اه قال فى الفتح عقب مانقلنا عنه آنفا ، نعم إذا كان متهتكا لاينفذ تزويجه إياها بنقص عن مهر المثل ومن غير كفء وسيأتى هذا اه .

وحاصله أن الفسق وإن كان لايسلب الأهلية عندنا ، لكن إذا كان الأب متهتكا لاينفذ تزويجه إلا بشرط المصلحة : ومثله ماسيأتى من قول المصنف ولزم ولو بغبن فاحش أو بغير كفء إن كان الولى أبا أو جدا لم يعرف منهما سوء الاختيار وإن عرف لا اه وبه ظهر أن الفاسق المتهتك وهو بمعنى سيئ الاختيار لاتسقط ولايته مطلقا لأنه لو زوّج من كفء بمهر المثل صح كما سيأتى بيانه ، وهذا خلاف مامر عن البزازية ، ولايمكن التوفيق بحمل مامر على هذا لأن قوله فللقاضى أن يزوج من الكفء يقتضى سقوط ولاية الأب أصلا فافهم (قوله نحو صبى) أى كمجنون ومعتوه غير أن الصبى خرج بقوله البالغ والمجنون والمعتوه بالعاقل ط (قوله ووصى) أى ونحو وصى ممن ليس بوارث كعبد وككافر له بنت مسلمة ومسلم له بنت كافرة كما سيأتى ، نعم لو كان الوصى قريبا أو حاكما يملك

مطلقا على المذهب (والولاية تنفيذ القول على الغير) تثبت بأربع : قرابة ،وملك ، وولاء ،وإمامة (شاء أو أبى) وهى هنا نوعان : ولاية ندب على المكلفة ولو بكرا ، وولاية إجبار على الصغيرة ولو ثيباً ومعتوهة ومرقوقة كماأفاده بقوله (وهو) أى الولى (شرط) صحة (نكاح صغير ومجنون ورقيق) لامكلفة (فنفذ نكاح حرة مكلفة

التزويج بالولاية كماسيأتى فى الشرح عندبيان الأولياء (قوله مطلقا على المذهب) أى سواء أوصى إليه الأب بذلك أم لا، وفى رواية يجوز وكذا سواء عين له الموصى رجلا فى حياته أولا خلافا لما فى فتح القدير كماسيأتى (قوله والولاية الخ) بفتح الواو ، وما ذكره تعريفها الفقهى كما فى البحر وإلا فمعناها اللغوى المحبة والنصرة كما فى المغرب ، لكن ماذكره تعريف لأحد نوعيها وهو ولاية الإجبار بقرينة قوله وهى هنا نوعان . وأفاد أن المذكور فى المتن غير خاص بهذا الباب بل منه ولاية الوصى وقيم الوقف وولاية وجوب صدقة الفطر بناء على أن المراد بتنفيذ القول ما يكون فى النفس أو فى المال أو فيهما معا ، والمراد فى هذا الباب مايشمل الأول والثالث دون الثانى (قوله تثبت) أى الولاية المذكورة والمراد هنا ولاية الاجبار فى هذا الباب فقط ففيه شبه الاستخدام ، وإلا فالولاية المعرفة أعم كما علمت ؛ وحيث كانت أعم فليس المراد بها الثابتة لخصوص الولى المعروف بالبالغ العاقل الوارث حتى يرد أنه ليس فى الملك والإمامة إرث ، وحينئذ فلا حاجة إلى التكلف فى الجواب بأن المراد بالارث المأخوذ فى تعريف الولى هو أخذ المال بعد الموت من باب عموم المجاز ؛ فالإمام يأخذ مال من لاوارث له ليضعه فى بيت المال ، والولى يأخذ كسب عبده المأذون فى التجارة بعد موته وإن لم يكن ذلك إرثا حقيقة فإنه كماقال ط لادليل على هذا المجاز والتعريف يصان عن مثل هذا فافهم (قوله قرابة) دخل فيها العصبات والأرحام (قوله وملك) أى ملك السيد لعبده أو أمته (قوله وولاء) أى ولاء العتاقة والموالاة كما سيأتى (قوله وإمامة) دخل فيها القاضى المأذون بالتزويج لأنه نائب عن الإمام (قوله شاء أو أبى) احترز به عن ولاية الوكيل (قوله وهى هنا) فيه شبه الاستخدام ، لأن الولاية المعرّفة خاصة بولاية الإجبار ، وقيد بقوله هنا احترازا عن الولاية فى غير النكاح كماقدمناه (قوله ولاية ندب) أى يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كى لاتنسب إلى الوقاحة بحر وللخروج من خلاف الشافعى فى البكر ، وهذه فى الحقيقة ولاية وكالة (قوله على المكلفة) أى البالغة العاقلة (قوله ولو بكرا) الأولى أن يقول : ولو ثيبا ليفيد أن تفويض البكر إلى وليها يندب بالأولى لما علمته من علة الندب ، إلا أن يكون مراده الإشارة إلى خلاف الشافعى بقرينة مابعده أى أنها تندب لاتجب ولو بكرا عندنا خلافا له (قوله ولو ثيبا) أشار إلى خلاف الشافعى فإنه يقول : إن ولاية الإجبار منوطة بالبكارة فيزوجها بلا إذنها ولو بالغة لاإن كانت ثيبا ولو صغيرة ، فالثيب الصغيرة لاتزوج عنده مالم تبلغ لسقوط ولاية الأب (قوله ومعتوهة ومرقوقة) بالجر فيهما عطفا على قوله الصغيرة لعدم تقييدهما بالصغر ، والأولى تعريفهما بأل لئلا يتوهم عطفهما على ثيبا (قوله صغير الخ) الموصوف محذوف أى شخص صغير الخ فيشمل الذكر والأنثى (قوله لامكلفة) الأولى زيادة حرة ليقابل الرقيق ط . وهذا تصريح بمفهوم المتن ذكره ليفيد أن قوله فنفذ مفرع عليه (قوله فنفذ الخ) أراد بالنفاذ الصحة وترتب الأحكام من طلاق وتوارث وغيرهما لااللزوم ،إذ هو أخص منها لأنه مالايمكن نقضه وهذا يمكن رفعه إذا كان من غير كفء، فقوله فى الشرنبلالية أى ينعقد لازما فى إطلاقه نظر . واحترز بالحرة عن المرقوقة ولو مكاتبة أو أم ولد وبالمكلفة عن الصغيرة والمجنونة ، فلا يصح إلا بولى كما قدمه ،وأما حديث « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل » وحسنه الترمذى وحديث «لانكاح إلا بولى» رواه أبو داود وغيره ، فمعارض بقوله صلى الله عليه وسلم « الأيم أحق بنفسها من وليها » رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطأ،

بلا) رضا (ولى) والأصل أن كل من تصرف فى ماله تصرف فى نفسه ومالا فلا (وله) أى للولى (إذا كان عصبة) ولو غير محرم كابن عم فى الأصح خانية ، وخرج ذوو الأرحام والأم والقاضى (الاعتراض فى غير الكفء) فيفسخه القاضى ويتجدد بتجدد النكاح (مالم) يسكت حتى (تلد منه) لئلا يضيع الولد وينبغى إلحاق الحبل الظاهر به (ويفتى) فى غير الكفء

والأيم من لازوج لها بكرا أولا فإنه ليس للولى إلا مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به ، ويترجح هذا بقوة السند والاتفاق على صحته ، بخلاف الحديثين الأولين فإنهما ضعيفان أو حسنان ، أو يجمع بالتخصيص ، أو بأن النفى للكمال ، أو بأن يراد بالولى من يتوقف على إذنه أى لانكاح إلا بمن له ولاية لينفى نكاح الكافر للمسلمة والمعتوهة والعبد والأمة ، والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ماباشرته من غير كفء ، أو حكمه على قول من يصححه أى للولى أن يبطله وكل ذلك سائغ فى إطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة وتمام الكلام على ذلك مبسوط فى الفتح (قوله والأصل الخ) عبارة البحر : والأصل هنا أن كل من يجوز تصرفه فى ماله بولاية نفسه الخ فإنه يخرج الصبى المأذون ، فإنه وإن جاز تصرفه فى ماله لكن لابولاية نفسه ؛ لكن يرد على العكس المحجورة فإنها تملك النكاح وإن لم تملك التصرف فى مالها على قولهما بالحجر على الحر فالأصل مبنى على قول الإمام تأمل (قوله إذا كان عصبة) أى بنفسه ، فلا يرد العصبة بالغير كالبنت مع الابن ، ولا العصبة مع الغير كالأخت مع البنت كما فى البحر ح (قوله فى غير الكفء) أى فى تزويجها نفسها من غير كفء ، وكذا له الاعتراض فى تزويجها نفسها بأقل من مهر مثلها ، حتى يتم مهر المثل أو يفرق القاضى كما سيذكره المصنف فى باب الكفاءة (قوله فيفسخه القاضى) فلا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء لأنه مجتهد فيه وكل من الخصمين يتشبث بدليل ، فلا ينقطع النكاح إلا بفعل القاضى والنكاح قبله صحيح يتوارثان به إذا مات أحدهما قبل القضاء وهذه الفرقة فسخ لاتنقص عدد الطلاق ، ولا يجب عندها شئ من المهر إن وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة ، وعليها العدة ولها نفقة العدة لأنها كانت واجبة فتح ، ولها أن لا تمكنه من الوطء حتى يرضى الولى كما اختاره الفقيه أبو الليث لأن الولى عسى أن يفرق فيصير وطء شبهة ، وأما على المفتى به الآن فهو حرام لعدم الانعقاد أفاده فى البحر (قوله ويتجدد) أى اعتراض الولى بتجدد النكاح ، كما لو زوجها الولى بإذنها من غير كفء فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانياً كان لذلك الولى التفريق ، ولا يكون الرضا بالأول رضا بالثانى فتح ، وقيد بتجديد النكاح لأنه لو طلقها رجعيا ثم راجعها فى العدة ليس للولى الاعتراض كما ذكره فى الذخيرة (قوله مالم يسكت حتى تلد) زاد لفظ يسكت للإشارة إلى أن سكوته قبل الولادة لايكون رضا ، وأن هذه ليست من المسائل التى نزل فيها السكوت منزلة القول كما ستأتى الإشارة إليها ، ويفهم منه أنه لو لم يسكت بل خاصم حين علم فكذلك بالأولى فافهم ، لكن يبقى الكلام فيما لو لم يعلم أصلا حتى ولدت فهل له حق الاعتراض ؟ ظاهر المتن لاوظاهر الشرح نعم تأمل (قوله لئلا يضيع الولد) أى بالتفريق بين أبويه ، فإن بقاءهما مجتمعين على تربيته أحفظ له بلا شبهة فافهم (قوله وينبغى الخ) البحث لصاحب البحر ح (قوله ويفتى فى غير الكفء الخ) قيد بذلك لئلا يتوهم عوده إلى قوله : فنفذ نكاح الخ وللاحتراز عما لو تزوجت بدون مهر المثل ، فقد علمت أن للولى الاعتراض أيضا ، والظاهر أنه لاخلاف فى صحة العقد وأن هذا القول المفتى به خاص بغير الكفء كما أشار إليه الشارح ، ولم أر من أجرى هذا القول فى المسألتين ، والفرق إمكان الاستدراك بإتمام مهر المثل فلذا قالوا له الاعتراض حتى يتم مهر المثل أو يفرق القاضى فإذا أتم المهر زال سبب الاعتراض بخلاف عدم الكفاءة ، هذا

(بعدم جوازه أصلا) وهو المختار للفتوى (لفساد الزمان) فلا تحل مطلقة ثلاثا نكحت غير كفء بلا رضا ولى بعد معرفته إياه فليحفظ (و) بناء (على الأول) وهو ظاهر الرواية (فرضا البعض) من الأولياء قبل العقد أو بعده (كالكل) لثبوته لكل كملا كولاية أمان وقود وسنحققه فى الوقف (او استووا فى الدرجة وإلا فللأقرب) منهم

ماظهر لى فافهم (قوله بعدم جوازه أصلا) هذه رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وهذا إذا كان لها ولى لم يرض به قبل العقد، فلا يفيد الرضا بعده بحر. وأما إذا لم يكن لها ولى فهو صحيح نافذ مطلقاً اتفاقاً كما يأتى، لأن وجه عدم الصحة على هذه الرواية دفع الضرر عن الأولياء ، أما هى فقد رضيت بإسقاط حقها فتح ، وقول البحر : لم يرض به يشمل ما إذا لم يعلم أصلا فلا يلزم التصريح بعدم الرضا بل السكوت منه لايكون رضا كما ذكرنا فلابد حينئذ لصحة العقد من رضاه صريحاً، وعليه فلوسكت قبله ثم رضى بعده لايفيد فليتأمل (قوله وهو المختار للفتوى) وقال شمس الأئمة وهذا أقرب إلى الاحتياط كذا فى تصحيح العلامة قاسم لأنه ليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل ، ولوأحسن الولى وعدل القاضى فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام ، واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له فتح (قوله نكحت) نعت لمطلقة وقوله بلا رضا متعلق بنكحت وقوله بعد ظرف للرضا ، والضمير فى معرفته للولى وفى إياه لغير الكفء ، وقوله بلا رضا نفى منصب على المقيد الذى هورضا الولى والقيد الذى هو بعد معرفته إياه فيصدق بنفى الرضا بعد المعرفة وبعدمها وبوجود الرضا مع عدم المعرفة ، ففى هذه الصور الثلاثة لاتحل وإنما تحل فى الصورة الرابعة وهى رضا الولى بغير الكفء مع علمه بأنه كذلك اهـ ح .

قلت : والأنسب أن يقول مع علمه به عينا لما فى البحر : لو قال الولى رضيت بتزوجها من غير كفء ، ولم يعلم بالزوج عينا هل يكفى صارت حادثة الفتوى . وينبغى لايكفى لأن الرضا بالمجهول لايصح كما ذكره فى الخانية فيما إذا استأذنها الولى ولم يسم الزوج فقال لأن الرضا بالمجهول لايتحقق ولم أره منقولا اهـ . وأقره فى النهر لكن ليس على عمومه لما سيأتى فى كلام الشارح أنها لوفوضت الأمر إليه يصح كقولها زوجنى ممن تختاره ونحوه . قال الخير الرملى : ومقتضاه أن الولى لو قال لها أنا راض بما تفعلين أو زوجى نفسك ممن تختارين ونحوه أنه يكفى وهو ظاهر لأنه فوض الأمر إليها ولأنه من باب الإسقاط اهـ (قوله فليحفظ) قال فى الحقائق شرح المنظومة النسفية وهذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه اهـ . وقال الكمال : لأن المحلل فى الغالب يكون غير كفء ،وأما لو باشر الولى عقد المحلل فإنها تحل للأول اهـ . وفى البحر وهذا كله إذا كان لها ولى وإلا فهو صحيح مطلقا اتفاقا (قوله وهو ظاهر الرواية) وبه أفتى كثير من المشايخ فقد اختلف الإفتاء بحر لكن علمت أن الثانى أقرب إلى الاحتياط (قوله قبل العقد أو بعده) فيه أن الرضا قبل العقد يصح على كل من الأول والثانى ، وأما المبنى على الأول فقط فهو الرضا بعد العقد ، فإنه يصح عليه لاعلى الثانى المفتى به كما قدمناه عن البحر وكلام المتن يوهم أنه على الثانى لايكون رضا البعض كالكل ولا وجه له ولعل الشارح قصد بما ذكره دفع هذا الإيهام تأمل (قوله لثبوته لكل كملا) لأنه حق واحد لايتجزأ لأنه ثبت بسبب لايتجزأ بحر (قوله كولاية أمان وقود) فإذا أمن مسلم حربيا ليس لمسلم آخر أن يتعرض للحربى أو لماله ؛ وإذا عفا أحد أولياء القصاص ليس لولى آخر طلبه ح (قوله وسنحققه فى الوقف) حيث زاد على ماهنا مما يقوم فيه البعض مقام الكل بعض مستحقى الوقف ينتصب خصما عن الكل ، وكذا بعض الورثة وكذا إثبات الاعسار فى وجه أحد الغرماء وولاية المطالبة بإزالة الضرر العام عن طريق المسلمين (قوله وإلا الخ) أى

(حق الفسخ وإن لم يكن لها ولى فهو) أى العقد (صحيح) نافذ (مطلقا) اتفاقا (وقبضه) أى ولى له حق الاعتراض (المهر ونحوه) مما يدل على الرضا (رضا) دلالة إن كان عدم الكفاءة ثابتا عند القاضى قبل مخاصمته وإلا لم يكن رضا كما (لا) يكون (سكوته) رضا مالم تلد ، وأما تصديقه بأنه كفء ، فلا يسقط حق الباقين مبسوط (ولا تجبر البالغة البكر على النكاح) لانقطاع الولاية بالبلوغ (فإن استأذنها هو) أى الولى وهو السنة

وإن لم يستووا فى الدرجة ، وقد رضى الأبعد فللأقرب الاعتراض بحر عن الفتح وغيره (قوله وإن لم يكن لها ولى الخ) أى عصبة كما مر ، والأولى التعبير به وهذا الذى ذكره المصنف من الحكم ذكره فى الفتح بحثا بصيغة ينبغى أخذا من التعليل بدفع الضرر عن الأولياء ، وأنها رضيت بإسقاط حقها وجزم به فى البحر فتبعه المصنف ، والظاهر أنه لو كان لها عصبة صغير فهو بمنزلة من لاولى لها لأنه لاولاية له وكذا لوكان عبدا أو كافرا كما سيشير إليه الشارح عند قوله الولى فى النكاح العصبة الخ كما سنبينه هناك ، وعلى هذا فلو بلغ أو عتق أو أسلم لايتجدد له حق الاعتراض . وأما لو كان لها عصبة غائب فهو كالحاضر ، لأن ولايته لاتنقطع بدليل أنه لو زوج الصغيرة حيث هو صح ، وإن كان لها ولى آخر حاضر على مافيه من الخلاف كما سيأتى ، والظاهر أيضا أن هذا فى البالغة أما الصغيرة فلا يصح لأنها لم ترض بإسقاط حقها ؛ ألا ترى أنها لوكان لها عصبة فزوجها من غير كفء لم يصح فكذا إذا لم يكن لها عصبة هذا كله ماظهر لى تفقها من كلامهم ولم أره صريحا (قوله مطلقا) أى سواء نكحت كفؤا أو غيره ح (قوله اتفاقا) أى من القائلين برواية ظاهر المذهب والقائلين برواية الحسن المفتى بها (قوله أى ولى له حق الاعتراض) يوهم أن الولى فى قوله : وإن لم يكن لها ولى المراد به مايشمل الأرحام وليس كذلك كما علمت فالمناسب ذكر هذا التفسير هناك ليعلم المراد فى الموضعين ، ويرتفع الايهام المذكور (قوله ونحوه) بالرفع عطفا على قبضه أى ونحو قبض المهر كقبض النفقة أو المخاصمة فى أحدهما وإن لم يقبض وكالتجهيز ونحوه فتح (قوله إن كان الخ) كذا ذكره فى الذخيرة وأقره فى البحر والنهر والشرنبلالية وشرح المقدسى ، وظاهره أن هذا شرط فى الرضا دلالة فقط ، وأن مجرد العلم بعدم الكفاءة لايكفى هنا بخلاف الرضا الصريح حيث يكفى فيه العلم فقط لكن هذا مخالف لإطلاق المتون ولم يذكره فى الفتح ، ولا فى كافى الحاكم الذى جمع كتب ظاهر الرواية ، وأيضا فوجهه غير ظاهر إلا أن يكون الفرق انحطاط رتبة الدلالة عن الصريح فليتأمل .

وصورة المسألة : أن تكون هذه المرأة تزوجت غير كفء فخاصم الولى ، وأثبت عند القاضى عدم الكفاءة فقبض الولى المهر قبل التفريق أو فرق القاضى بينهما ثم تزوجته ثانيا بلا إذن الولى فقبض المهر (قوله كما لايكون الخ) مكرر بقوله المار مالم يسكت حتى تلد (قوله وأما تصديقه الخ) قال فى البحر : قيد بالرضا لأن التصديق بأنه كفء من البعض لايسقط حق من أنكرها . قال فى المبسوط : لو ادعى أحد الأولياء أن الزوج كفء وأثبت الآخر أنه ليس بكفء يكون له أن يطالبه بالتفريق ، لأن المصدق ينكر سبب الوجوب ، وإنكار سبب الشىء لايكون إسقاطاله اهـ .

وفى الفوائد التاجية : أقام وليها شاهدين بعدم الكفاءة وأقام زوجها بالكفاءة لايشترط لفظ الشهادة لأنه إخبار اهـ (قوله ولاتجبر البالغة) ولا الحر البالغ والمكاتب والمكاتبة ولو صغيرين ح عن القهستانى (قوله البكر) أطلقها فشمل ماإذا كانت تزوجت قبل ذلك ، وطلقت قبل زوال البكارة فتزوج كما تزوج الأبكار نص عليه فى الأصل بحر (قوله وهو السنة) بأن يقول لها قبل النكاح فلان يخطبك أو يذكرك فسكتت ، وإن زوجها بغير استئمار فقد أخطأ السنة وتوقف على رضاها بحر عن المحيط . واستحسن الرحمتى ماذكره الشافعية من أن السنة فى الاستئذان أن

(أو وكيله أو رسوله أو زوجها) وليها وأخبرها رسوله أو فضولى عدل (فسكتت) عن رده مختارة (أو ضحكت غير مستهزئة أو تبسمت أو بكت بلا صوت) فلو بصوت لم يكن إذنا ولاردا حتى لو رضيت بعده انعقد معراج وغيره ، فما فى الوقاية والملتقى فيه نظر (فهو إذن) أى توكيل فى الأول إن اتحد الولى ، فلو تعدد الزوج

يرسل إليها نسوة ثقات ينظرن مافى نفسها والأم بذلك أولى لأنها تطلع على مالا يطلع عليه غيرها اه (قوله أو وكيله أو رسوله) الأول أن يقول وكلتك تستأذن لى فلانة فى كذا ، والثانى أن يقول : اذهب إلى فلانة وقل لها إن أخاك فلانا يستأذنك فى كذا (قوله وأخبرها رسوله الخ) أفاد أن قول المصنف : أو زوجها محمول على ما إذا زوجها فى غيبتها ، وهذا وإن كان خلاف المتبادر منه ، لكن يرجحه دفع التكرار مع قوله الآتى وكذا إذا زوجها عندها فسكتت .

وفى البحر : واختلف فيما إذا زوجها غير كفء فبلغها فسكتت، فقالا لايكون رضا ، وقيل فى قول أبى حنيفة يكون رضا إن كان المزوج أبا أو جدا وإن كان غيرهما فلا كما فى الخانية أخذا من مسألة الصغيرة المزوجة من غير كفء اه . قال فى النهر : وجزم فى الدراية بالأول بلفظ قالوا (قوله أو فض ولى عدل) الشرط فى الفضولى العدالة أو العدد ، فيكفى إخبار واحد عدل أو مستورين عند أبى حنيفة ، ولا يكفى إخبار واحد غير عدل ، ولها نظائر ستأتى فى متفرقات القضاء (قوله فسكتت) أى البكر البالغة بخلاف الابن الكبير فلا يكون سكوته رضا حتى يرضى بالكلام كافى الحاكم (قوله عن رده) قيد به إذ ليس المراد مطلق السكوت لأنها لو بلغها الخبر فتكلمت بأجنبى فهو سكوت هنا فيكون إجازة ؛ فلو قالت الحمد لله اخترت نفسى أو قالت هو دباغ لا أريده فهذا كلام واحد فهو رد بحر (قوله مختارة) أما لو أخذها عطاس أو سعال ، حين أخبرت فلما ذهب قالت لا أرضى أو أخذ فمها ثم ترك فقالت ذلك صح ردها لأن سكوتها كان عن اضطرار بحر (قوله غير مستهزئة) وضحك الاستهزاء لايخفى على من يحضره لأن الضحك إنما جعل إذنا لدلالته على الرضا ، فإذا لم يدل على الرضا لم يكن إذنا بحر وغيره (قوله أو بكت بلا صوت) هو المختار للفتوى لأنه حزن على مفارقة أهلها بحر : أى وإنما يكون ذلك عند الإجازة معراج (قوله فما فى الوقاية والملتقى) أى من أنه هو والبكاء بلا صوت إذن ومعه رد (قوله فيه نظر) أى لمخالفته لما فى المعراج ، ولايخفى مافيه فإن مافى الوقاية والملتقى ذكر مثله فى النقاية والإصلاح والمتون مقدمة على الشروح .

وفى الشارح الجامع الصغير لقاضيخان : وإن بكت كان ردا فى إحدى الروايتين عن أبى يوسف ، وعنه فى رواية يكون رضا . قالوا : إن كان البكاء عن صوت وويل لايكون رضا وإن كان عن سكوت فهو رضا اه وبه ظهر أن أصل الخلاف فى أن البكاء هل هو رد أولا ، وقوله قالوا الخ توفيق بين الروايتين ، فمعنى لايكون رضا أنه يكون ردا كما فهمه صاحب الوقاية وغيره ، وصرح به أيضا فى الذخيرة حيث قال بعد حكاية الروايتين ، وبعضهم قالوا إن كان مع الصياح والصوت فهو رد وإلا فهو رضا وهو الأوجه وعليه الفتوى اه كيف والبكاء بالصوت والويل قرينة على الرد وعدم الرضى . وعن هذا قال فى الفتح بعد حكاية الروايتين ، والمعول اعتبار قرائن الأحوال فى البكاء والضحك فإن تعارضت أو أشكل احتيط اه فقد ظهر لك أن مافى المعراج ضعيف لا يعول عليه (قوله فهو إذن) أى وإن لم تعلم أنه إذن كما فى الفتح (قوله أى توكيل فى الأول) أى فيما إذا استأذنها قبل العقد حتى لو قالت بعد ذلك لا أرضى ولم يعلم به الولى فزوجها صح كما فى الظهيرية لأن الوكيل لاينعزل حتى يعلم بحر (قوله فلو تعدد المزوج الخ) عبارة البحر ، ولو زوجها وليان متساويان كل واحد منهما من رجل فأجازتهما معا بطلا لعدم الأولوية ، وإن سكتت بقيا موقوفين حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل وهو ظاهر الجواب كما فى البدائع اه .

لم يكن سكوتها إذنا وإجازة فى الثانى إن بقى النكاح لا لو بطل بموته ولو قالت بعد موته : زوجنى أبى بأمرى وأنكرت الورثة فالقول لها فترث وتعتد ، ولو قالت : بغير أمرى لكنه بلغنى فرضيت فالقول لهم وقولها غيره أولى منه رد قبل العقد لابعده . ولو زوّجها لنفسه فسكوتها رد بعد العقد لاقبله ،ولو استأذنها فى معين فردت ثم زوجها منه فسكتت صح فى الأصح بخلاف مالو بلغها فردت ثم قالت : رضيت لم يجز لبطلانه بالرد ، ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف لأن الغالب إظهار النفرة عند فجأة السماع ولواستأذنها فسكتت فوكل من يزوجها

ولا يخفى أن هذا فى الاجازة والكلام الآن فى التوكيل : أى الإذن قبل العقد ، لكن الظاهر أن الحكم لا يختلف فى الموضعين إن زوجاها معا بعد الاستئذان ، أما لو استأذناها فسكتت فزوجاها متعاقبا من رجلين ينبغى أن يصح السابق منهما لعدم المزاحم فافهم (قوله وإجازة) عطف على توكيل ، وقوله فى الثانى أى فيما استأذنها بعد العقد، وهذا هو الأصح . وفى رواية لا يكون السكوت بعد العقد رضا كما بسطه فى الفتح ، وقدمنا الخلاف أيضا فيما إذا زوّجها غير كفء فبلغها فسكتت (قوله لا لو بطل بموته) لأن الإجازة شرطها قيام العقد بحر (قوله فالقول لها) لأن الأصل أن المسلم المكلف لايعقد إلا العقد الصحيح النافذ (قوله فالقول لهم) لأنها أقرت أن العقد وقع غير تام ، ثم ادعت النفاذ بعد ذلك فلا يقبل منها لمكان التهمة بحر ، وحينئذ فلا ترث وهل تعتد ؟ فإن كانت صادقة فى نفس الأمر ، فلا شك فى وجوب العدة عليها ديانة وإلا فلا . نعم لو أرادت أن تتزوج تمنع مؤاخذة لها بقولها ، وأما لو تزوجت ففى الذخيرة لو تزوجت المرأة ثم ادعت العدة فقال الزوج تزوجتك بعدها فالقول قوله لأنه يدعى الصحة اه فلعله يقال هنا كذلك لأن إقرارها السابق لم يثبت من كل وجه هذا ما ظهر لى (قوله وقولها غيره) أى غير هذا الزوج (قوله رد قبل العقد لا بعده) فرقوا بينهما بأنه يحتمل الإذن وعدمه فقبل النكاح لم يكن النكاح ، فلا يجوز بالشك وبعده كان فلا يبطل بالشك كذا فى الظهيرية وهو مشكل ، لأنه لا يكون نكاحا إلا بعد الصحة ، وهى بعد الإذن فالظاهر أنه ليس بإذن فيهما بحر . وأصل الإشكال لصاحب الفتح . وأجاب عنه المقدسى بأن العقد إذا وقع ثم ورد بعده ما يحتمل كونه تقريرا له وكونه ردا ترجح بوقوعه احتمال التقرير ، وإذا ورد قبله مايحتمل الإذن وعدمه ترجح الرد لعدم وقوعه فيمنع من إيقاعه لعدم تحقق الإذن فيه (قوله ولو زوجها لنفسه الخ) محترز قول المصنف أو زوجها أى أن الولى لو تزوجها كابن العم إذا تزوج بنت عمه البكر البالغ بغير إذنها فبلغها فسكتت لا يكون رضا لأنه كان أصيلا فى نفسه فضوليا فى جانب المرأة فلم يتم العقد فى قول أبى حنيفة ومحمد فلا يعمل الرضا ، ولو استأمرها فى التزويج من نفسه فسكتت ، جاز إجماعا بحر عن الخانية .

والحاصل : أن الفضولى ولو من جانب إذا تولى طرفى العقد لا يتوقف عقده على الإجازة عندهما بل يقع باطلا ، بخلاف ما لو باشر العقد مع غيره من أصيل أو ولى أو وكيل أو فضولى آخر فإنه يتوقف اتفاقا كما سيأتى فى آخر باب الكفاءة (قوله فسكتت) أما لو قالت حين بلغها قد كنت قلت إنى لا أريد فلانا ولم تزد على هذا لم يجز النكاح لأنها أخبرت أنها على إبائها الأول ذخيرة (قوله بخلاف ما لو بلغها الخ) لأن نفاذا التزويج كان موقوفا على الاجازة ، وقد بطل بالرد والرد فى الأول كان للاستئذان لا للتزوج العارض بعده ، لكن قال فى الفتح : الأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح يضعف كون ذلك السكوت دلالة الرضا اه وأقره فى البحر . وقد يقال : إنه قد تكون علمت بعدذلك بحسن حاله ،وقد يكون ردها الأول حياء لما علمته من أن الغالب إظهار النفرة عند فجأة السماع ، ولو كانت على امتناعها الأول لصرحت بالرد كما صرحت به أولا ولم تستح منه

ممن سماه جاز إن عرف الزوج والمهر كما فى القنية ، واستشكله فى البحر بأنه ليس للوكيل أن يوكل بلا إذن ، فمقتضاه عدم الجواز أو أنها مستثناة (إن علمت بالزوج) أنه من هو لتظهر الرغبة فيه أو عنه ، ولو فى ضمن العام كجيرانى أو بنى عمى لو يحصون وإلا لا مالم تفوض له الأمر (لا) العلم (بالمهر) وقيل يشترط ، وهو قول المتأخرين بحر عن الذخيرة وأقره المصنف ، وما صححه فى الدرر عن الكافى رده الكمال

(قوله إن عرف) بالبناء للمجهول ونائب الفاعل ضمير المرأة(١) والذى فى البحر : إن عرفت (قوله والمهر) ينبغى أن يكون على الخلاف كما فى مسألة المتن الآتية ح (قوله واستشكله فى البحر الخ) يؤيده ما قدمناه أول النكاح فى أن قوله : زوجنى توكيل أو إيجاب عن الخلاصة لو قال الوكيل : هب ابنتك لفلان فقال وهبت لا ينعقد ما لم يقل الوكيل بعده قبلت لأن الوكيل لا يملك التوكيل اهـ فهذا يدل على أن الوكيل ليس له التوكيل فى النكاح ، وأنه ليس من المسائل التى استثنوها من هذه القاعدة . وقال الرحمتى هناك وفى حاشية الحموى على الأشباه عن كلام محمد فى الأصل : إن مباشرة وكيل الوكيل بحضرة الوكيل فى النكاح لا تكون كمباشرة الوكيل بنفسه بخلافه فى البيع . وفى مختصر عصام أنه جعله كالبيع فمباشرته بحضرته كمباشرته بنفسه اهـ فيمكن أن يكون ما فى القنية مفرعا على رواية عصام لكن الأصل وهو المبسوط من كتب ظاهر الرواية فالظاهر عدم الجواز فافهم (قوله ولو فى ضمن العام) وكذا لو سمى لها فلانا أو فلانا فسكتت فله أن يزوجها من أيهما شاء بحر (قوله لو يحصون) عبارة الفتح وهم محصورون معروفون لها اهـ ، ومقتضاها أنها لو لم تعرفهم لم يصح وإن كانوا محصورين (قوله وإلا لا) كقوله أزوجك من رجل أو من بنى تميم بحر (قوله ما لم تفوض له الأمر) أما إذا قالت أنا راضية بما تفعله أنت بعد قوله إن أقواما يخطبونك أو زوجنى ممن تختاره ونحوه ، فهو استئذان صحيح كما فى الظهيرية وليس له بهذه المقالة أن يزوجها من رجل ردت نكاحه أولا لأن المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة ليس للوكيل أن يزوجه مطلقته إذا كان الزوج قد شكا منها للوكيل وأعلمه بطلاقها كما فى الظهيرية بحر (قوله لا العلم بالمهر) أشار بتقدير العلم إلى أن المصنف راعى المعنى فى عطفه المهر على التزوج ، وأصل التركيب بشرط العلم بالزوج لا المهر ح (قوله وقيل يشترط) أشار إلى ضعفه وإن قال فى الفتح إنه الأوجه ، لأن صاحب الهداية صحح الأول وقال فى البحر إنه المذهب لقول الذخيرة إن إشارات كتب محمد تدل عليه اهـ .

قلت : وعلى القول باشتراط تسميته يشترط كونه مهر المثل فلا يكون السكوت رضا بدونه كما فى البحر عن الزيلعى . وبقى على القول بعدم الاشتراط . فهل يشترط أن يزوجها بمهر المثل ؟ حتى لو نقص عنه لم يصح العقد إلا برضاها صارت حادثة الفتوى .

ورأيت فى الحادى عشر من البزازية وإن لم يذكر المهر فزوج الوكيل بأكثر من مهر المثل بما لا يتغابن الناس فيه أو بأقل من المثل بما لا يتغابن فيه الناس صح عنده خلافا لهما ، لكن للأولياء حق الاعتراض فى جانب المرأة دفعا للعار عنهم اهـ أى إذا رضيت بذلك ، ومقتضاه أنه إذا كان الوكيل هو الولى كما فى حادثتنا ورضيت به صح وإلا فلا تأمل (قوله وما صححه فى الدرر) أى من التفصيل ، وهو أن الولى إن كان أبا أو جدا فذكر الزوج يكفى لأن الأب لو نقص عن مهر المثل لا يكون إلا لمصلحة تزيد عليه وإن كان غيرهما فلابد من تسمية الزوج والمهر (قوله عن الكافى) أى ناقلا تصحيحه عن الكافى فافهم (قوله رده الكمال) بقوله وما ذكر من التفصيل ليس بشىء

---

(١) (قوله ضمير المرأة) لعل النسخة التى وقعت للمحشى ليس فيها لفظ الزوج وإلا فالنسخ التى بأيدينا ما رأيته بالهامش فليحرر الصواب اهـ مصححه .

(وكذا إذا زوجها الولى عندها) أى بحضرتها (فسكتت) صح (فى الأصح) إن علمته كما مر والسكوت كالنطق فى سبع وثلاثين مسألة مذكورة فى الأشباه (فإن استأذنها غير الأقرب) كأجنبى أو ولى بعيد (فلا) عبرة لسكوتها (بل لابد من القول كالثيب) البالغة لافرق بينهما إلا فى السكوت لأن رضاهما يكون بالدلالة

لأن ذلك فى تزويجه الصغيرة بحكم الجبر ، والكلام فى الكبيرة التى وجف مشاورته لها والأب فى ذلك كالأجنبى (قوله إن علمته) أى الزوج ، وأما المهر ففيه ما مر آنفا كما نبه عليه فى البحر (قوله فى سبع وثلاثين مسألة مذكورة فى الأشباه) أى فى قاعدة لا ينسب إلى ساكت قول . وذكر المحشى عبارته بتمامها وزاد عليها ط عن الحموى مسائل أخر سيذكرها الشارح فى الفوائد التى ذكرها بين كتاب الوقف وكتاب البيوع ، وسيأتى الكلام عليها كلها هناك إن شاء الله تعالى (قوله كأجنبى) المراد به من ليس له ولاية فشمل الأب إذا كان كافرا أو عبدا أو مكاتبا لكن رسول الولى قائم مقامه فيكون سكوتها رضا عند استئذانه كما فى الفتح والوكيل كذلك كما فى البحر عن القنية (قوله أو ولى بعيد) كالأخ مع الأب إذا لم يكن الأب غائبا غيبة منقطعة كما فى الخانية (قوله فلا عبرة لسكوتها) وعن الكرخى يكفى سكوتها فتح (قوله كالثيب البالغة) أما الصغيرة فلا استئذان فى حقها كالبكر الصغيرة فتح (قوله إلا فى السكوت) حيث يكون سكوت البكر البالغة إذنا فى حق الولى الأقرب ، ولا يكون إذنا فى الثيب البالغة مطلقا ، والاستثناء منقطع ، لأن قول المصنف كالثيب تشبيه بالبكر التى استأذنها غير الأقرب ، وهذه لا فرق بينها وبين الثيب البالغة فى السكوت (قوله لأن رضاهما يكون بالدلالة الخ) أشار إلى ما أورده الزيلعى على الكنز وغيره ، من أن رضاها لا يقتصر على القول ، فإنه لافرق بينهما فى اشتراط الاستئذان والرضا وفى أن رضاها قد يكون صريحا وقد يكون دلالة ، غير أن سكوت البكر رضا دلالة لحيائها دون الثيب ، لأن حياءها قد قل بالممارسة فتخلص المصنف عن ذلك بزيادة قوله : أو ما هو فى معناه الخ لكن أجاب فى الفتح بأن الحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكين فيثبت دلالة لأنه فوق القول : أى لأنه إذا ثبت الرضا بالقول يثبت بالتمكين من الوطء بالأولى لأنه أدل على الرضا . واعترضه فى البحر بأن قبول التهنئة ليس بقول بل سكوت ، زاد فى النهر ولهذا عدوه فى مسائل السكوت .

قلت : وفيه نظر لأن مقتضى كلام الفتح أن المراد بقبول التهنئة مايكون قولا باللسان لا مجرد السكوت ، لأن مراده إدخال الجميع تحت القول ، ولذا لم يستثن إلا التمكين . ولا ينافيه قوله من قبيل القول ، لأن مراده أنه من قبيل القول الصريح بالرضا مثل قولها رضيت ونحوه بدليل أنه قال قبله إنه يكون إما بالقول كنعم ورضيت وبارك الله لنا وأحسنت ، أو بالدلالة كطلب المهر أو النفقة الخ ثم قال : والحق أن الكل من قبيل القول أى من قبيل القول الذى ذكره ، وأما قوله فى النهر : ولهذا الخ ففيه أن المذكور فى مسائل السكوت قولهم إذا سكت الأب ولم ينف الولد مدة التهنئة لزمه ومعناه سكت عن نفى الولد لاعن جواب التهنئة .

وأما الجواب عن اعتراض البحر بأن قول الفتح إنه من قبيل القول أى لامن القول حقيقة بل هو منزل منزلته فلا يرد السكوت عند التهنئة ، ففيه أنه لو كان مراده ذلك لم يحتج إلى استثناء التمكين ولم يكن فيه دفع لما أورده الزيلعى ، لأن الزيلعى يقول إن الدلالة بمنزلة القول فى الإلزام فافهم ؛ نعم الذى يظهر ماقاله الزيلعى لأن الظاهر أن طلب المهر ونحوه لا يلزم أن يكون بالقول ولذا عبر الشارح بقوله : من فعل يدل على الرضا ، ومقتضاه أن قبض المهر ونحوه رضا كما مر من جعله رضا دلالة فى حق الولى ، وبه صرح فى الخانية بقوله الولى إذا زوج الثيب فرضيت بقلبها ولم تظهر الرضا بلسانها كان لها أن ترد لأن المعتبر فيها الرضا باللسان أو الفعل الذى يدل

كما ذكره بقوله (أو ماهو فى معناه) من فعل يدل على الرضا (كطلب مهرها) وتفقتها (وتمكينها من الوطء) ودخوله بها برضاها ظهيرية (وقبول التهنئة) والضحك سرورا ونحو ذلك بخلاف خدمته أو قبول هديته (من زالت بكارتها بوثبة) أى نطة (أو) درور (حيض أو) حصول (جراحة أو تعنيس) أى كبر بكر حقيقة كتفريق بجب أو عنة أو طلاق أو موت بعد خلوة قبل وطء (أو زنى) وهذه فقط (بكر حكما) إن لم يتكرر ولم تحد به وإلا فثيب كموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد (قال) الزوج للبكر البالغة (بلغك النكاح فسكت

على الرضا نحو التمكين من الوطء وطلب المهر وقبول المهر دون قبول الهدية وكذا فى حق الغلام اه (قوله ودخوله بها الخ) هذا مكرر والظاهر أنه تحريف والأصل وخلوته بها، فإن الذى فى البحر عن الظهيرية ولو خلابها برضاها هل يكون إجازة لارواية لهذه المسألة، وعندى إن هذا إجازة اه. وفى البزازية الظاهرة أنه إجازة (قوله والضحك سرورا) احترازعن الضحك استهزاء. قال فى البحر: وأما الضحك فذكر فى فتح القدير أولا أنه كالسكوت لايكفى وسلم هنا أنه يكفى وجعله من قبيل القول لأنه حروف اه.

قلت: وماهنا هو الموافق لما صرح به الزيلعى وغيره (قوله ونحو ذلك) كقبول المهر كما مر عن الخانية، والظاهر أن مثله قبول النفقة (قوله بخلاف خدمته) أى إن كانت تخدمه من قبل ففى البحر عن المحيط والظهيرية ولو أكلت من طعامه أو خدمته كما كانت فليس برضا دلالة (قوله أى نطة) هى من فوق إلى أسفل والطفرة عكسها (قوله أى كبر) أى بلا تزويج فى النهر عن الصحاح يقال: عنست الجارية تعنس بضم النون عنوسا وعناسا فهى عانس إذا طال مكثها بعد إدراكها فى منزل أهلها حتى خرجت عن عداد الأبكار (قوله بكرحقيقة) خبر من وفى الظهيرية البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره اه لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة لأول الثمار والبكرة بضم الباء لأول النهار وحاصل كلامهم أن الزائل فى هذه المسائل العذرة أى الجلدة التى على المحل لا البكارة فكانت بكرا حقيقة وحكما ولذا تدخل فى الوصية لإبكار بنى فلان ولا يرد الجارية لو شريت على أنها بكر، فوجدت زائلة العذرة بشىء من ذلك له ردها لأن المتعارف من اشتراط البكارة صفة العذرة أفاده فى البحر (قوله كتفريق بجب) أى كذات تفريق الخ ط، وهو تنظير فى كونها بكرا حقيقة وحكما لاتمثيل فلا يرد أن هذه مازالت عذرتها، فكيف يشبهها بمن زالت عذرتها ح (قوله أو طلاق) عطف على تفريق لا على جب ح (قوله بعد خلوة) يصلح ظرفا للتفريق والطلاق والموت، لكن لما كان قوله قبل الوطء ظرفا للأخيرين فقط، لعدم إمكان الوطء فى الأول: أما فى الجب فظاهر، وأما فى العنة فلأن الوطء يمنع التفريق كان الأنسب تعلقه بالأخيرين فقط، وفهم من قوله: بعد خلوة أنه لو وقع الطلاق أو الموت قبل الخلوة كانت بكرا حقيقة وحكما بالأولى وقيد بقوله قبل وطء لأنها بعد الوطء ثيب حقيقة وحكما اه ح (قوله وهذه فقط بكر حكما) أراد بالحكمى ماليس بحقيقى بدلالة المقابلة، كما هو المتبادر ولذا حاول الشارح فى عبارة المصنف فقدرخبرا لمن ومبتدأ لبكر، وإلا فعبارة المصنف فى نفسها صحيحة، لأن الحقيقى حكمى أيضا والحكمى أعم لأنه قد يكون غير حقيقى ولكن لما كان المتبادر من إطلاق الحكمى إرادة ماليس بحقيقى أول عبارة المصنف ولم يقل بكر حكما فقط لما قلنا فافهم (قوله إن لم يتكرر ولم تحد به) هذا معنى قولهم إن لم يشتهر زناها يكتفى بسكوتها لأن الناس عرفوها بكرا، فيعيبونها بالنطق، فيكتفى بسكوتها كى لاتتعطل عليها مصالحها، وقد ندب الشارع إلى ستر الزنى فكانت بكرا شرعا بخلاف ما إذا اشتهر زناها (قوله وإلا) صادق بثلاث صور ما إذا تكرر منها الزنا ولم تحد أو حدت، ولم يتكرر أو تكرر وحدت ح (قوله كموطوءة بشبهة) أى فإنها ثيب حقيقة وحكما ح (قوله أو نكاح فاسد) عطف على بشبهة أى وكموطوءة بنكاح فاسد فافهم أما إذا لم توطأ فيه فهى بكر حقيقة وحكما

وقالت رددت) النكاح (ولا بينة لهما) على ذلك (ولم يكن دخل بها طوعا) فى الأصح (فالقول قولها) بيمينها على المفتى به وتقبل بينته على سكوتها لأنه وجودى بضم الشفتين ولو برّهنا

كما فى النكاح الصحيح ط (قوله وقالت رددت) أى ولم يوجد منها مايدل على الرضا كما فى الشرنبلالية ط (قوله ولابينة لهما) قيد به لأن أيهما أقام البينة قبلت بينته بحر وإن أقاماها فيأتى فى قوله ولو برهنا (قوله ولم يكن دخل بها طوعا) بأن لم يدخل أو دخل كرها واحترز به عما إذا دخل بها طوعا حيث لاتصدق فى دعوى الرد فى الأصح لأن التمكين من الوطء كالإقرار ، وعن هذا صحح فى الولوالجية أنها لو أقامت بعد الدخول البينة على الرد لم تقبل لكن فى حاشية الغزى على الأشباه أنه وقع اختلاف التصحيح فى قبول بينتها بعد الدخول على أنها كانت ردت النكاح قبل الإجازة ، ففى البزازية أن المذكور فى الكتب أنها تقبل وصحح فى الواقعات عدمه لتناقضها فى الدعوى والصحيح القبول لأنه وإن بطلت الدعوى ، فالبينة لا تبطل لقيامها على تحريم الفرج والبرهان عليه مقبول بلا دعوى قال الغزى : وقد ألف شيخنا العلامة على المقدسى فيها رسالة اعتمد فيها تصحيح القبول (قوله فالقول قولها) لأنه يدعى لزوم العقد وملك البضع والمرأة تدفعه ، فكانت منكرة ، ولا يقبل قول وليها عليها بالرضا لأنه يقر عليها بثبوت الملك ، وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح كذا فى الفتح ، وينبغى أن لاتقبل شهادته لو شهد مع آخر بالرضا لكونه ساعيا فى إتمام ماصدر منه فهو متهم ولم أره منقولا بحر .

قلت : وفى الكافى للحاكم الشهيد وإذا زوج الرجل ابنته فأنكرت الرضا فشهد عليها أبوها وأخوها لم يجز اه فتأمل .

ثم اعلم أنه ذكر فى البحر فى باب المهر عند الكلام على النكاح الفاسد مانصه : وإذا ادعت فساده وهو صحته فالقول له وعلى عكسه فرق بينهما وعليها العدة ولها نصف المهر إن لم يدخل ، والكل إن دخل كذا فى الخانية . وينبغى أن يستثنى منه ماذكره الحاكم الشهيد فى الكافى من أنه لو ادعى أحدهما أن النكاح كان فى صغره فالقول قوله ولا نكاح بينهما ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها قبل الإدراك اه مافى البحر .

قلت : وقد علل الأخيرة فى البزازية عن المحيط بقوله : لاختلافهما فى وجود العقد وعللها فى الذخيرة بقوله لأن النكاح فى حالة الصغر قبل إجازة الولى ليس بنكاح معنى الخ وذكر قبله أن الاختلاف لو فى الصحة والفساد فالقول لمدعى الصحة بشهادة الظاهر ، ولو فى أصل وجود العقد فالقول لمنكر الوجود .

قلت : وعلى هذا فلا استثناء لأن مافى الخانية من الأول وما فى الكافى من الثانى ولعل وجه قوله فى الخانية وعلى عكسه فرق بينهما الخ كونه مؤاخذا بإقراره فيسرى عليه ولذا كان لها المهر . ثم إن الظاهر أن مانحن فيه من قبيل الاختلاف فى أصل وجود العقد لأن الرد صير الإيجاب بلا قبول ، وكذا المسألة الآتية هذا ماظهر لى (قوله على المفتى به) وهو قولهما وعنده لايمين عليها ، كما سيأتى فى الدعوى فى الأشياء الستة بحر (قوله لأنه وجودى الخ) جواب عما يقال إن بينته على سكوتها بينة على النفى ، وهى غير مقبولة فأجاب : بأن السكوت وجودى لأنه عبارة عن ضم الشفتين ويلزم منه عدم الكلام كما فى المعراج زاد فى البحر أو هو نفى : يحيط به علم الشاهد ، فيقبل كما لو ادعت أن زوجها تكلم مما هو ردة فى مجلس ، فبرهن على عدم التكلم فيه تقبل ، وكذا إذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها كما فى الجوامع اه ولايخفى أن الجواب الأول مبنى على المنع والثانى على التسليم وبحث فى الأول فى السعدية بما فى شرح العقائد ، من أن السكوت ترك الكلام ، وأقره عليه فى النهر .

فبينتها أولى إلا أن يبرهن على رضاها أو إجازتها (كما لو زوجها أبوها) مثلا زاعما عدم بلوغها (فقالت أنا بالغة والنكاح لم يصح وهى مراهقة وقال الأب) أو الزوج (بل هى صغيرة) فإن القول لها إن ثبت أن سنها تسع وكذا لو ادعى المراهق بلوغه ولو برهنا فبينة البلوغ أولى على الأصح بخلاف قول الصغيرة رددت حين بلغت وكذبها الزوج فالقول له لإنكاره زوال ملكه هذا لو اختلفا بعد زمان البلوغ ولو حالة البلوغ فالقول لها شرح وهبانية فليحفظ (وللولى) الآتى بيانه (إنكاح الصغير والصغيرة)

قلت: ويمكن الجواب بأن هذا تفسير باللازم، وبحث فى النفى أيضا بأنه مخالف لما فى أيمان الهداية من باب اليمين فى الحج والصلاة. من أن الشهادة على النفى غير مقبولة مطلقا أحاط به علم الشاهد أولا اه وكذا قال فى البحر هناك. الحاصل: أن الشهادة على النفى المقصود لا تقبل، سواء كان نفيا صورة أو معنى وسواء أحاط به علم الشاهد أولا اه.

قلت: وهذا فى غير الشروط، فلو قال إن لم أدخل الدار اليوم فكذا فشهدا أنه دخلها تقبل (قوله فبينتها أولى) لإثبات الزيادة أعنى الرد فإنه زائد على السكوت بحر (قوله إلا أن يبرهن على رضاها أو إجازتها) أى فتترجح بينته لاستوائهما فى الإثبات وزيادة بينته بإثبات اللزوم، كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية للتمرتاشى، وكذا هو فى غير كتاب من الفقه لكن فى الخلاصة عن أدب القاضى للخصاف أن بينتها أولى ففى هذه الصورة اختلاف المشايخ، ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تتحقق الإجازة به لم يلزم من الشهادة بالإجازة كونها بأمر زائد على السكوت مالم يصرحوا بذلك كذا فى الفتح وتبعه فى البحر، واستفيد منه التوفيق بين القولين بحمل الأول على ما إذا صرح الشهود بأنها قالت: أجزت أو رضيت، وحمل الثانى على ما إذا شهدوا بأنها أجازت أو رضيت لاحتمال إجازتها بالسكوت فافهم (قوله كما لو زوجها الخ) أى أن الاختلاف فى البلوغ كالاختلاف فى السكوت كما فى النهر (قوله مثلا) فالمراد الولى المجبر (قوله فإن القول لها) لأنها إذا كانت مراهقة كان المخبر به يحتمل الثبوت فيقبل خبرها لأنها منكرة وقوع الملك عليها عن البحر (قوله إن ثبت أن سنها تسع) تفسير للمراهقة كما يدل عليه كلام المنح ح (قوله وكذا لو ادعى المراهق بلوغه) بأن باع أبوه ماله فقال الابن أنا بالغ ولم يصح البيع وقال المشترى والأب إنه صغير فالقول للابن لأنه ينكر زوال ملكه وقد قيل بخلافه والأول أصح بحر عن الذخيرة (قوله ولو برهنا الخ) ذكره فى البزازية عقب المسألة الأولى، وكأن الشارح أخره ليفيد أن الحكم كذلك فى المسألتين فافهم. استشكل بعض المحشين تصور البرهان على البلوغ.

قلت: وهو ممكن بالحبل أو الإحبال أو سن البلوغ أو رؤية الدم أو المنى كما فى الشهادة على الزنى (قوله على الأصح) راجع لمسألة المراهقة والمراهق، فقد نقل التصحيح فيهما فى البحر عن الذخيرة (قوله بخلاف قول الصغيرة) أى التى زوجها غير الأب والجد أما من زوجاها فلا خيار لها ط (قوله رددت حين بلغت الخ) أى قالت بعد ما بلغت: رددت النكاح واخترت نفسى، حين أدركت لم يقبل قولها لأن الملك ثابت عليها وتريد بذلك إبطال الثابت عليها كما فى الذخيرة فافهم. وبهذا علم أن قولها ذلك بعد البلوغ وكأنه سماها صغيرة باعتبار ما كان زمن العقد أى المتحقق صغرها وقته، بخلاف المراهقة المحتمل بلوغها وقته (قوله ولو حالة البلوغ) بأن قالت عند القاضى أو الشهود: أدركت الآن وفسخت فانه يصح كما يأتى بيانه (قوله وللولى الآتى بيانه) أى فى قوله الولى فى النكاح العصبة بنفسه الخ، واحترز به عن الولى الذى له حق الاعتراض فإنه يخص العصبة كما مر وعن الوصى غير القريب كما مر ويأتى أيضا (قوله إنكاح الصغير والصغيرة) قيد بالانكاح لأن إقراره به عليهما لا يصح إلا بشهود

جبرا (ولو ثيبا) كمعتوه ومجنون شهرا (ولزم النكاح ولو بغبن فاحش) بنقص مهرها وزيادة مهره (أو) زوجها (بغير كفء إن كان الولى) المزوج بنفسه بغبن (أبا أو جدا) وكذا المولى وابن المجنونة (لم يعرف منهما سوء الاختيار) مجانة وفسقا

أو بتصديقهما بعد البلوغ كما سيذكره المصنف آخر الباب ، ولو قال وللولى إنكاح غير المكلف والرقيق لشمل المعتوه ونحوه .

[تتمة] ليس لغير الأب والجد أن يسلم الصغيرة قبل قبض ماتعورف قبضه من المهر ولو سلمها الأب له أن يمنعها أفاده ط وتمامه فى البحر .

قلت : وليس له تسليمها للدخول بها قبل إطاقة الوطء ولا عبرة للسن كما سيذكره الشارح فى آخر باب المهر (قوله ولو ثيبا) صرح به لخلاف الشافعى ، فإن علة الاجبار عنده البكارة وعندنا العجز بعدم العقل أو نقصانه وتوضيحه فى كتب الأصول (قوله كمعتوه ومجنون) أى ولو كبيرين والمراد كشخص معتوه الخ ، فيشمل الذكر والأنثى . قال فى النهر : فللولى إنكاحهما إذا كان الجنون مطبقا ، وهو شهر على ماعليه الفتوى . وفى منية المفتى بلغ مجنونا أو معتوها تبقى ولاية الأب كما كانت فلو جن أوعته بعد البلوغ تعود فى الأصح . وفى الخانية زوج ابنه البالغ بلا إذنه فجن قالوا ينبغى للأب أن يقول أجزت النكاح على ابنى لأنه يملك إنشاءه بعد الجنون (قوله ولزم النكاح) أى بلا توقف على إجازة أحد وبلا ثبوت خيار فى تزويج الأب والجد والمولى وكذا الإبن على ما يأتى (قوله ولو بغبن فاحش) هو مالا يتغابن الناس فيه أى لايتحماون الغبن فيه احترازا عن الغبن اليسير ، وهومايتغابنون فيه أى يتحملونه . قال فى الجوهرة : والذى يتغابن فيه الناس مادون نصف المهر كذا قاله شيخنا موفق الدين ، وقيل مادون العشر اه فعلى الأول الغبن الفاحش هو النصف فما فوقه ، وعلى الثانى العشر فما فوقه تأمل (قوله بنقص) الباء لتصوير الغبن أى أن الغبن يتصور فى جانب الصغيرة بالنقص عن مهر المثل ، وفى جانب الصغير بالزيادة (قوله أو زوجها بغير كفء) بأن زوج ابنه أمة أو بنته عبدا ، وهذا عند الإمام . وقالا لايجوز أن يزوجها غير كفء ولايجوز الحط ولا الزيادة إلا بما يتغابن الناس ح عن المنح . ولا ينبغى ذكر المثال الأول لأن الكفاءة غير معتبرة فى جانب المرأة للرجل أفاده فى الشرنبلالية ونحوه فى ط .

قلت : وعن هذا قال الشارح أو زوجها مضافا إلى ضمير المؤنثة مع تعميمه فى الغبن الفاحش بقوله بنقص مهرها وزيادة مهره فلله دره ما أمهره فافهم لكن فى هذا كلام نذكره قريبا (قوله المزوج بنفسه) احترز به عما إذا وكل وكيلا بتزويجها وسيأتى بيانه قريبا ح (قوله بغبن) كان عليه أن يقول أو بغير كفء ، ولو قال المزوج بنفسه على الوجه المذكور كما قال فى المنح لسلم من هذا ح (قوله وكذا المولى) أى إذا زوج الصغير أو الصغيرة المرقوقين ثم أعتقهما ثم بلغا ، فان نكاحهما لازم ولو من غير كفء أو بغير مهر المثل ، ولا يثبت لهما خيار البلوغ لكمال ولاية المولى فهو أقوى من الأب والجد ولأن خيار العتق يغنى عنه ط ، وهذا هو الصواب فى التصوير . وأما تصوير المسألة بما إذا كان الإعتاق قبل التزويج ، فغير صحيح لأنه فى هذه الصورة يثبت لهما خيار البلوغ كما سنذكره والكلام فى اللزوم بلا خيار كما فى الأب والجد فافهم (قوله وابن المجنونة) ومثلها المجنون قال فى البحر : المجنون والمجنونة إذا زوجهما الإبن ثم أفاقا لاخيار لهما (قوله لم يعرف منهما الخ) أى من الأب والجد ، وينبغى أن يكون الإبن كذلك بخلاف المولى فإنه يتصرف فى ملكه ، فينبغى نفوذ تصرفه مطلقا كتصرفه فى سائر أمواله رحمتى فافهم (قوله مجانة وفسقا) نصب على التمييز . وفى المغرب الماجن الذى لايبالى مايصنع وما قيل له ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب اه . وفى شرح المجمع حتى لو عرف من الأب سوء

(وإن عرف لا) يصح النكاح اتفاقا وكذا لو كان سكران فزوّجها من فاسق ، أو شرير، أو فقير، أو ذى حرفة دنيئة لظهور سوء اختياره فلاتعارضه شفقته المظنونة بحر (وإن كان المزوج غيرهما) أى غير الأب وأبيه ولو الأم أو القاضى

الاختيار لسفهه أو لطمعه لايجوز عقده إجماعا اه (قوله وإن عرف لايصح النكاح) استشكل ذلك فى فتح القدير بما فى النوازل : لو زوج بنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر، فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح أى مابعد ماكبرت إن لم يكن يعرفه الأب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفء اه قال إذ يقتضى أنه لو عرف الأب بشربه فالنكاح نافذ مع أن من زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شريب فاسق فسوء اختياره ظاهر . ثم أجاب بأنه لايلزم من تحقق سوء اختياره بذلك أن يكون معروفا به فلا يلزم بطلان النكاح عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كونه معروفا بمثل ذلك اه .

والحاصل : أن المانع هو كون الأب مشهورا بسوء الاختيار قبل العقد فإذا لم يكن مشهورا بذلك ثم زوج بنته من فاسق صح وإن تحقق بذلك أنه سيء الاختيار واشتهر به عند الناس، فلو زوّج بنتا أخرى من فاسق لم يصح الثانى لأنه كان مشهورا بسوء الاختيار قبله ، بخلاف العقد الأول لعدم وجود المانع قبله ، ولو كان المانع مجرد تحقق سوء الاختيار بدون الاشتهار لزم إحالة المسألة أعنى قولهم ولزم النكاح ولو بغبن فاحش أو بغير كفء إن كان الولى أبا أو جدا .

ثم اعلم أن مامر عن النوازل من أن النكاح باطل معناه أنه سيبطل كما فى الذخيرة، لأن المسألة مفروضة فيما إذا لم ترض البنت بعد ماكبرت كما صرح به فى الخانية والذخيرة وغيرهما ، وعليه يحمل مافى القنية : زوج بنته الصغيرة من رجل ظنه حر الأصل وكان معتقا فهو باطل بالاتفاق اه .

وعلم من عبارة القنية أنه لافرق فى عدم الكفاءة بين كونه بسبب الفسق أو غيره، حتى لو زوجها من فقير أو ذى حرفة دنية ولم يكن كفؤا لها لم يصح فقصر ابن الهمام كلامهم على الفاسق مما لاينبغى كما أفاده فى البحر وما ذكرنا من ثبوت الخيار للبيت إذا بلغت إنما هو فى الصغيرة ، أما لو زوج الأولياء الكبيرة بإذنها ولم يعلموا عدم الكفاءة ثم ظهر عدمها فلا خيار لأحد كما سيذكره الشارح أول الباب الآتى ويأتى تمام الكلام عليه هناك (قوله فزوجها من فاسق الخ) وكذا لو زوجها بغبن فاحش فى المهر لايجوز إجماعا والصاحى يجوز : لأن الظاهر من حال السكران أنه لايتأمل إذ ليس له رأى كامل، فبقى النقصان ضررا محضا، والظاهر من حال الصاحى أنه يتأمل بحر عن الذخيرة ثم قال : وكذا السكران لو زوّج من غير الكفء كما فى الخانية ، وبه علم أن المراد بالأب من ليس بسكران ولا عرف بسوء الاختيار اه.

قلت : ومقتضى التعليل أن السكران أو المعروف بسوء الاختيار لو زوّجها من كفء بمهر المثل صح لعدم الضرر المحض، ومعنى قوله : والظاهر من حال الصاحى أنه يتأمل أى أنه لوفور شفقته بالأبوة لايزوج بنته من غير كفء أو بغبن فاحش إلا لمصلحة تزيد على هذا الضرر كعلمه بحسن العشرة معها وقلة الأذى ونحو ذلك ، وهذا مفقود فى السكران وسيء الاختيار إذا خالف لظهور عدم رأيه وسوء اختياره فى ذلك (قوله أى غير الأب وأبيه) الأولى أن يزيد والابن والمولى لما مر (قوله ولو الأم أو القاضى) هو الأصح لأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعم، فإذا ثبت الخيار فى الحاجب فنى المحجوب أولى بحر. ولقصور الرأى فى الأم ونقصان

أو وكيل الأب ، لـكن فى النهر بحثا لو عين لوكيله القدر صح (لايصح) النكاح (من غير كفء أو بغبن فاحش أصلا) ومافى صدر الشريعة صح ولهما فسخه

الشفقة فىالقاضي ذخيرة ، لـكن سنذكر فى مسألة عضل الأقرب أن تزويج القاضي نيابة عنه فليس لها الخيار ويأتى تمامه هناك (قوله لو عين لوكيله القدر) أى الذى هو غبن فاحش نهر وكذا لو عين له رجلا غير كفء كما بحثه العلامة المقدسي :

مطلب مهم هل للعصبة تزويج الصغير امرأة غير كفء له

[تنبيه] ذكر فى شرح المجمع أن تزويج الأب الصغير والصغيرة من غير كفء أو بغبن فاحش جائز عنده لاعندهما ثم قال : وفى المحيط الوكيل بالنكاح إذا زاد أو نقص عن مهر المثل فعلى هذا الاختلاف اه وهذا خلاف ماذكره الشارح تبعا لما فى البحر عن القنية . وقد يجاب بأن الوكيل فى عبارة شرح المجمع ، ليس المراد به وكيل الأب ، بل وكيل الزوج أو الزوجة البالغين بقرينة مافى البدائع حيث ذكر الخلاف السابق ، ثم قال : وعلى هذا الخلاف التوكيل بأن وكل رجل رجلا بأن يزوجه امرأة فزوجه بأكثر من مهر مثلها مقدار مالايتغابن الناس فى مثله ، أو وكلت امرأة رجلا بأن يزوجها من رجل فزوجها بدون صداق مثلها أو من غير كفء اه وقدمناه أيضا عن البزازية ، وعليه فلا منافاة فتدبر (قوله لايصح النكاح من غير كفء) مثله قول الكنز : ولو زوج طفله غير كفء أو بغبن فاحش صح ولم يجز ذلك لغير الأب والجد ، ومقتضاه أن الأخ لو زوج أخاه الصغير امرأة أدنى منه لايصح وفيه مامر عن الشرنبلالية من أن الكفاءة لاتعتبر للزوج كما سيأتى فى بابها أيضا . وقدمنا أن الشارح أشار إلى ذلك أيضا وقد راجعت كثيرا فلم أر شيئا صريحا فى ذلك ؛ نعم رأيت فى البدائع مثل مافى الكنز حيث قال : وأما إنكاح الأب والجد الصغير الصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط عند أبى حنيفة لصدوره ممن له كمال النظر لكمال الشفقة ، بخلاف إنكاح الأخ والعم من غير كفء فإنه لايجوز بالإجماع لأنه ضرر محض اه فقوله بخلاف الخ ظاهر فى رجوعه إلى كل من الصغير والصغيرة ، وعلى هذا فمعنى عدم اعتبار الكفاءة للزوج أن الرجل لو زوج نفسه من امرأة أدنى منه ليس لعصباته حق الاعتراض ، بخلاف الزوجة وبخلاف الصغيرين إذا زوجهما غير الأب والجد هذا ماظهر لى، وسنذكر فى أول باب الكفاءة مايؤيده ، والله أعلم (قوله أصلا) أى لا لازما ولا موقوفا على الرضا بعد البلوغ ، قال فى فتح القدير : وعلى هذا ابتنى الفرع المعروف : لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لايصح لأنه لم يكن عقدا موقوفا إذ لامجيز له فإن العم ونحوه لم يصح منهم التزويج بغير الكفء اه . قال فى البحر : ولذا ذكر فى الخانية وغيرها أن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة فالأحوط أن يزوجها مرتين مرة بمهر مسمى ومرة بغير التسمية ، لأنه لو كان فى التسمية نقصان فاحش ولم يصح النكاح الأول يصح الثانى اه . وليس للتزويج من غير كفء حيلة كما لايخفى اه (قوله صح ولهما فسخه) أى بعد بلوغهما ، والجملة قصد بها لفظها مرفوعة المحل على أنها بدل من ما أو محكية بقول محذوف أى قائلا . وقوله : وهم خبر عن ما ، وعبارة صدر الشريعة فى متنه : وصح إنكاح الأب والجد الصغير والصغيرة بغبن فاحش ومن غير كفء لاغيرهما . وقال فى شرحه : أى لو فعل الأب أو الجد عند عدم الأب لايكون للصغير والصغيرة حق الفسخ بعد البلوغ ، وإن فعل غيرهما فلهما أن يفسخا بعد البلوغ اه . ولا يخفى أن الوهم فى عبارة الشرح وقد نبه على وهمه ابن الكمال ، وكذا المحقق التفتازانى فى التلويح فى بحث العوارض ، وذكر أنه

وهم (وإن كان من كفء وبمهر المثل صح و) لكن (لهما) أى لصغير وصغيرة وملحق بهما (خيار الفسخ) ولو بعد الدخول (بالبلوغ أو العلم بالنكاح بعده) لقصور الشفقة ويغنى عنه خيار العتق، ولو بلغت وهو صغير فرق بحضرة أبيه أو وصيه

لايوجد له رواية أصلا، وأجاب القهستانى بأن صحته بالغبن الفاحش نقلها فى الجواهر عن بعضهم وبغير كفء نقلها فى الجامع عن بعضهم قال وهذا يدل على وجود الرواية اهـ.

قلت: وفيه نظر، فإن ماكان قولا لبعض المشايخ لايلزم أن يكون فيه رواية عن أئمة المذهب ولا سيما إذا كان قولا ضعيفا مخالفا لما فى مشاهير كتب المذهب المعتمدة (قوله ولكن لهما خيار البلوغ(١)) دفع به توهم اللزوم المتبادر من الصحة ط وأطلق فشمل الذميين والمسلمين وما إذا زوجت الصغيرة نفسها فأجاز الولى، لأن الجواز ثبت بإجازة الولى فالتحق بنكاح باشره بحر عن المحيط (قوله وملحق بهما) كالمجنون والمجنونة إذا كان المزوج لهما غير الأب والجد والابن بأن كان أخا أو عما مثلا. قال فى الفتح بعد أن ذكر العصبات: وكل هؤلاء يثبت لهم ولاية الإجبار على البنت والذكر فى حال صغرهما أو كبرهما إذا جنا مثلا غلام بالغ عاقلا ثم جن فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان مطبقا فإذا أفاق فلا خيار له، وإن زوجه أخوه فأفاق فله الخيار اهـ (قوله بالبلوغ) أى إذا علما قبله أو عنده قهستانى (قوله أو العلم بالنكاح بعده) أى بعد البلوغ بأن بلغا ولم يعلما به ثم علما به بعده (قوله لقصور الشفقة) أى ولقصور الرأى فى الأم، وهذا جواب عن قول أبى يوسف إنه لاخيار لهما اعتبارا بما لو زوجهما الأب أو الجد (قوله ويغنى عنه خيار العتق) اعلم أن خيار العتق لايثبت للذكر بل للأنثى فقط صغيرة أو كبيرة، فإذا زوجها مولاها ثم أعتقها فلها الخيار لأنه كان يزول ملك الزوج عليها بطلقتين فصار لايزول إلا بثلاث، لكن لو صغيرة لاتخير مالم تبلغ فإذا بلغت خيرها القاضى خيار العتق لاخيار البلوغ، وإن ثبت لها أيضا لأن الأول أعم فينتظم الثانى تحته، وقيل لايثبت لها خيار البلوغ وهو الأصح، وهكذا ذكره محمد فى الجامع لأن ولاية المولى ولاية كاملة لأنها بسبب الملك فلا يثبت خيار البلوغ كما فى الأب والجد، ولو زوج عبده الصغير حرة ثم أعتقه ثم بلغ فليس له خيار بلوغ ولا خيار عتق لأن إنكاح المولى باعتبار الملك لابطريق النظر له، بخلاف ما إذا زوجه بعد العتق وهو صغير لأنه بطريق النظر هذا خلاصة مافى الذخيرة من الفصل السابع عشر ونحوه فى جامع الصفار للإمام الاستروشنى؛ وفى البحر عن الاسبيجابى: لو أعتق أمته الصغيرة أولا ثم زوجها ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ اهـ: أى لما مر من أن ولايته عليها بطريق النظر، ولأنها ولاية إعتاق وهى متأخرة عن جميع العصبات فلها خيار البلوغ كما فى ولاية الأخ والعم بل أولى بخلاف مالو زوجها قبل الاعتاق، ثم بلغت فإنه ليس لها خيار البلوغ كما مر لأن ولاية الملك أقوى من ولاية الأب والجد.

والحاصل: أن خيار العتق لايثبت للذكر الرقيق صغيرا أو كبيرا ويثبت للأنثى مطلقا إذا زوجها حالة الرق، وأن خيار البلوغ يثبت للصغير والصغيرة إذا زوجهما بعد العتق وأنه لايثبت لهما إذا زوجهما قبله لااستقلالا ولا تبعا لخيار العتق للصغيرة على الصحيح، فقوله ويغنى عنه خيار العتق مبنى على الضعيف (قوله بحضرة أبيه أو وصيه) فإن لم يوجد أحدهما ينصب القاضى وصيا يخاصم فيحضره ويطلب منه حجة للصغير تبطل دعوى الفرقة من بينة على رضاها بالنكاح بعد البلوغ أو تأخيرها طلب الفرقة وإلا يحلفها الخصم، فإن حلفت يفرق بينهما الحاكم بحضرة الخصم بلا انتظار إلى بلوغ الصبى دأب الأوصياء عن جامع الفصولين.

---

(١) (قوله ولكن لهما خيار البلوغ) فى نسخ الشرح التى بأيدينا خيار الفسخ بالبلوغ اهـ مصححه.

(بشرط القضاء) للفسخ (فيتوارثان فيه) ويلزم كل المهر ثم الفرقة إن من قبلها ففسخ لا ينقص عدد طلاق ولا يلحقها طلاق إلا فى الردة وإن من قبله فطلاق

قلت : والظاهر أن وصى الأب مقدم على الجد كما صرحوا به فى بابه ، ثم رأيته هنا فى جامع الصفار قال فى امرأة الصبى لو وجدته مجبوبا فالقاضى يفرق بينهما بخصومتها ولو وجدته عنينا ينتظر بلوغه ثم قال : فإن لم يكن له أب ولا وصى فالجد أو وصيه خصم فيه ، فإن لم يكن نصب القاضى عنه خصما الخ فافهم (قوله بشرط القضاء) أى لأن فى أصله ضعفا فيتوقف عليه كالرجوع فى الهبة ، وفيه إيماء إلى أن الزوج لو كان غائبا لم يفرق بينهما مالم يحضر للزوم القضاء على الغائب نهر . قلت : وبه صرح الاستروشنى فى جامعه (قوله للفسخ) أى هذا الشرط إنما هو للفسخ لا لثبوت الاختيار .

وحاصله أنه إذا كان المزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجد، فلهما الخيار بالبلوغ أو العلم به ، فإن اختار الفسخ لا يثبت الفسخ إلا بشرط القضاء ،فلذا فرع عليه بقوله فيتوارثان فيه أى فى هذا النكاح قبل ثبوت فسخه (قوله ويلزم كل المهر) لأن المهر كما يلزم جميعه بالدخول ولو حكما كالخلوة الصحيحة ، كذلك يلزم بموت أحدهما قبل الدخول ، أما بدون ذلك فيسقط ولو الخيار منه ، لأن الفرقة بالخيار فسخ للعقد والعقد إذا انفسخ يجعل كأنه لم يكن كما فى النهر (قوله إن من قبلها) أى وليست بسبب من الزوج كذا فى النهر . واحترز به عن التخيير والأمر باليد، فإن الفرقة فيهما وإن كانت من قبلها لكن لما كانت بسبب من الزوج كانت طلاقا ح (قوله لاينقص عدد طلاق) فلوجدد العقد بعده ملك الثلاث كما فى الفتح (قوله ولا يلحقها طلاق) أى لا يلحق المعتدة بعده الفسخ فى العدة طلاق ولو صريحا ح . وإنما تلزمها العدة إذا كان الفسخ بعد الدخول ، وما ذكره الشارح نقله فى البحر عن النهاية على خلاف ما بحثه فى الفتح ، وقيد بعدة الفسخ لما فى الفتح من أن كل فرقة بطلاق يلحقها الطلاق فى العدة إلا فى اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة اه وسيأتى بيان ذلك مستوفى إن شاء الله تعالى قبيل باب تفويض الطلاق (قوله إلا فى الردة) يعنى أن الطلاق الصريح يلحق المرتدة فى عدتها وإن كانت فرقتها فسخا ، لأن الحرمة بالردة غير متأبدة لارتفاعها بالاسلام فيقع طلاقه عليها فى العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليها بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر كذا فى الفتح .

واعترضه فى النهر بأنه يقتضى قصر عدم الوقوع فى العدة على ما إذا كانت الفرقة بما يوجب حرمة مؤبدة كالتقبيل ، والإرضاع وفيه مخالفة ظاهرة لظاهر كلامهم عرف ذلك من تصفحه اه أى لتصريحهم بعدم اللحاق فى عدة خيار العتق والبلوغ ، وعدم الكفاءة ، ونقصان المهر والسبى ، والمهاجرة والإباء والارتداد . ويمكن الجواب عن الفتح بأن مراده بالتأبيد ما كان من جهة الفسخ .

وذكر فى أول طلاق البحر أن الطلاق لايقع فى عدة الفسخ إلا فى ارتداد أحدهما وتفريق القاضى بإباء أحدهما عن الإسلام ، لكن الشارح قبيل باب تفويض الطلاق قال تبعا للمنح لا يلحق الطلاق وعدة الردة مع اللحاق ، فيقيد كلام البحر هنا بعدم اللحاق كما لا يخفى وقد نظمت ذلك بقولى :

ويلحق الطلاق فرقة الطلاق   أو الإبا أو ردة بلا لحاق

قال ح : وسيأتى هناك أيضا أن الفرقة بالإسلام لا يلحق الطلاق عدتها فتأمل وراجع اه .

قلت : ما ذكره آخرا قال الخير الرملى إنه فى طلاق أهل الحرب : أى فيما لو هاجر أحدهما مسلما لأنه لاعدة عليها وسيأتى تمامه هناك وفى باب نكاح الكافر إن شاء الله تعالى (قوله وإن من قبله فطلاق) فيه نظر فإنه

إلا بملك أوردة أوخيار عتق وليس لنا فرقة منه ولا مهر عليه إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق وشرط للكل القضاء إلا ثمانية

يقتضي أن يكون التباين والتقبيل والسبي والإسلام وخيار البلوغ والردة والملك طلاقا وإن كانت من قبله ، وليس كذلك كما ستراه ، واستثناؤه الملك والردة وخيار العتق لا يجدي نفعا لبقاء الأربعة الأخر. فالصواب أن يقال وإن كانت الفرقة من قبله ولا يمكن أن تكون من قبلها فطلاق كما أفاده شيخنا طيب الله تعالى ثراه ، وإليه أشار في البحر حيث قال : وإنما عبر بالفسخ ليفيد أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق ، فلا تنقص عدده لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها اهـ ومثله في الفتاوى الهندية وعبارته : ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق لأنها فرقة يشترك في سببها المرأة والرجل ، وحينئذ يقال في الأول ثم إن كانت الفرقة من قبلها لا بسبب منه أو من قبله ويمكن أن تكون منها ففسخ فاشدد يديك عليه فإنه أجدى من تفاريق العصى اهـ ح .

قلت : لكن يرد عليه إباء الزوج عن الإسلام فإنه طلاق مع أنه يمكن أن يكون منها ، وكذا اللعان فإنه من كل منهما وهو طلاق. وقد يجاب عن الأول بأنه على قول أبي يوسف إن الإباء فسخ ولو كان من الزوج ، وعن الثاني بأن اللعان لما كان ابتداؤه منه صار كأنه من قبله وحده فليتأمل (قوله أو خيار عتق) يقتضي أن للعبد خيار عتق ، وهو سهو منه فإنا قدمنا عن البحر وفتح القدير أن خيار العتق يختص بالأنثى وسيصرح به الشارح في باب نكاح الرقيق حيث يقول : ولا يثبت لغلام ح (قوله وليس لنا فرقة منه) أي قبل الدخول ح (قوله إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق) صوابه بخيار بلوغ ، ويدل عليه قول البحر : وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ولا مهر عليه إلا هذه ، فإنه راجع إلى خيار البلوغ لأن كلامه فيه لا في خيار العتق كما تعلمه بمراجعة ثم قال : وهذا الحصر غير صحيح لما في الذخيرة قبيل كتاب النفقات : حر تزوج مكاتبة بإذن سيدها على جارية بعينها فلم تقبض المكاتبة الجارية ، حتى زوجتها من زوجها على مائة درهم جاز النكاحان ، فإن طلق الزوج المكاتبة أولا ثم طلق الأمة وقع الطلاق على المكاتبة ولا يقع على الأمة ، لأن بطلاق المكاتبة تتنصف الأمة وعاد نصفها إلى الزوج بنفس الطلاق فيفسد نكاح الأمة قبل ورود الطلاق عليها فلم يعمل طلاقها ، ويبطل جميع مهر الأمة عن الزوج مع أنها فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها ، لأن الفرقة إذا كانت من قبل الزوج إنما لاتسقط كل المهر إذا كانت طلاقا ، وأما إذا كانت من قبله قبل الدخول وكانت فسخا من كل وجه توجب سقوط كل الصداق كالصغير إذا بلغ . وأيضا لو اشترى منكوحته قبل الدخول بها فإنه يسقط كل الصداق مع أن الفرقة جاءت من قبله لأن فساد النكاح حكم معلق بالملك ، وكل حكم تعلق بالملك فإنه يحال به على قبول المشتري لا على إيجاب البائع ، وإنما سقط كل الصداق لأنه فسخ من كل وجه اهـ بلفظه .

ويرد على صاحب الذخيرة إذا ارتد الزوج قبل الدخول فإنها فرقة هي فسخ من كل وجه مع أنه لم يسقط كل المهر بل يجب عليه نصفه ، فالحق أن لا يجعل لهذه المسألة ضابط بل يحكم في كل فرد بما أفاده الدليل اهـ كلام البحر .

قال في النهر : أقول : في دعوى كون الفرقة من قبله فيما إذا ملكها أو بعضها نظر. في البدائع : الفرقة الواقعة بملكه إياها أو شقصا منها فرقة بغير طلاق لأنها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج فلا يمكن أن تجعل طلاقا فتجعل فسخا اهـ وسيأتي إيضاحه في محله اهـ كلام النهر ح (قوله إلا ثمانية) لأنها تبتنى على سبب جلي بخلاف غيرها فإنه يبتنى على سبب خفي لأن الكفاءة شيء لا يعرف بالحس وأسبابها مختلفة وكذا بنقصان مهر المثل وخيار البلوغ مبني على قصور الشفقة وهو أمر باطني والإباء ربما يوجد وربما لا يوجد كذا في البحر ح .

ونظم صاحب النهر فقال :

فرق النكاح أتتك جمعا نافعا　　فسخ طلاق وهذا الدر يحكيها
تباين الدار مع نقصان مهر كذا　　فساد عقد وفقد الكفء ينعيها
تقبيل سبي وإسلام المحارب أو　　إرضاع ضرتها قد عد ذا فيها
خيار عتق بلوغ ردة وكذا　　ملك لبعض وتلك الفسخ يحصيها

مطلب فى فرق النكاح

(قوله فرق النكاح) هذا الشطر الأول من بحر الكامل وما عداه من البسيط ، وهو لايجوز وقد غيرته إلى قولى * إن النكاح له فى قولهم فرق * ح (قوله فسخ طلاق) بدل من فرق بدل مفصل والخبر قوله أتتك أو خبر بعد خبر ط (قوله وهذا الدر) اسم الإشارة مبتدأ والدر بدل منه أو عطف بيان ، والمراد به النظم المذكور شبهه بالدر لنفاسته وجملة يحكيها أى يذكرها خبر (قوله تباين الدار) حقيقة وحكما ، كما إذا خرج أحد الزوجين الحربيين إلى دار الإسلام غير مستأمن بأن خرج إلينا مسلما أوذميا أوأسلم ، أو صار ذمة فى دارنا بخلاف ما إذا خرج مستأمنا لتباين الدار حقيقة فقط ، وبخلاف ما إذا تزوج مسلم أو ذمى حربية ثمة لتباين الدار حكما فقط ح بزيادة (قوله مع نقصان مهر) بتسكين عين مع وهو لغة وكسر راء مهر بلا تنوين للضرورة يعنى إذا نكحت بأقل من مهرها وفرق الولى بينهما فهى فسخ ، لكن إن كان ذلك قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فلها المسمى كما يأتى ط (قوله كذا فساد عقد) كأن نكح أمة على حرة ط أو تزوج بغير شهود (قوله وفقد الكفء) أى إذا نكحت غير الكفء فللأولياء حق الفسخ ، وهذا على ظاهر الرواية ، أما على رواية الحسن فالعقد فاسد ط وتقدم أنها المفتى بها (قوله ينعيها) النعى هو الإخبار بالموت ، وهو تكملة أشار به إلى أن من نكحت غير كفء فكأنها ماتت ط (قوله تقبيل) بالرفع من غير تنوين للضرورة : أى فعله مايوجب حرمة المصاهرة بفروعها الإناث وأصولها أو فعلها ذلك بفروعه الذكور وأصوله ط (قوله سبى) فيه نظر لما فى باب نكاح الكافر والمرأة تبين بتباين الدارين لابالسبى ولئن كان المراد السبى مع التباين فالتباين مغن عنه ح (قوله وإسلام المحارب) أى لو أسلم أحد المجوسيين فى دار الحرب بانت منه بمضى ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر قبل إسلام الآخر إقامة لشرط الفرقة ، وهو مضى الحيض أو الأشهر مقام السبب ، وهو الإباء لتعذر العرض بانعدام الولاية ، فيصير مضى ذلك بمنزلة تفريق القاضى وهذه الفرقة طلاق عندهما فسخ عند أبى يوسف قال فى البحر فى باب نكاح الكافر : ينبغى أن يقال إنها طلاق فى إسلامها لأنه هو الآبى حكما فسخ فى إسلامه (قوله أو إرضاع ضرتها) أى إذا أرضعت الكبيرة ضرتها الصغيرة فى أثناء الحولين ينفسخ النكاح ، كما يأتى فى باب الرضاع لكونه يصير جامعا بين الأم وبنتها ط والضرة غير قيد فإن منه مامثل به فى البدائع : لوأرضعت الصغيرة أم زوجها أو أرضعت زوجتيه الصغيرتين امرأة أجنبية (قوله خيار عتق) قد علمت أنه لايكون إلا من جهتها بخلاف ما بعده ح (قوله بلوغ) بالجر عطفا على عتق بإسقاط العاطف ط (قوله ردة) بالرفع عطفا على تباين بحذف العاطف ط والمراد ردة أحدهما فقط بخلاف مالو ارتدا معا فإنهما لو أسلما معا يبقى النكاح (قوله ملك لبعض) أفاد أن ملك الكل كذلك بدلالة الأولى ح (قوله وتلك الفسخ يحصيها) أى يجمعها ويتحقق فى كل منها ، والإشارة إلى الاثنى عشر المتقدمة وقد علمت سقوط السبى . وكان ينبغى أن يذكر بدله ما فى البدائع : تزوج مسلم كتابية يهودية أو نصرانية فتمجست تثبت الفرقة بينهما لأن المجوسية لاتصلح لنكاح المسلم ، ثم لو كانت قبل الدخول فلا مهر لها ولانفقة

أما الطلاق فجب عنة وكذا   إيلاؤه ولعان ذاك يتلوها
قضاء قاض أتى شرط الجميع خلا   ملك وعتق وإسلام أتى فيها
تقبيل سبى مع الإيلاء يا أملى   تباين مع فساد العقد يدنيها

(وبطل خيار البكر بالسكوت) لو مختارة (عالمة بـ)أصل (النكاح) فلو سألت عن قدر المهر قبل الخلوة أو عن الزوج أو سلمت على الشهود لم يبطل خيارها نهر بحثا

لأنها فرقة بغير طلاق فكانت فسخا ولو بعد الدخول فلها المهر دون النفقة لأنها جاءت من قبلها اهـ وقد غيرت البيت الذى قبل هذا وأسقطت منه السبى وزدت هذه المسألة فقلت :

إرضاع إسلام حربى تمجس   نصرانية قبلة قد عد ذا فيها

وقد علمت أن كون إسلام الحربى فسخا مفرع على قول الثانى أو على مابحثه فى البحر (قوله أما الطلاق الخ) أى أما الفرقة التى هى طلاق فهى الفرقة بالجب ، والعنة ، والإيلاء ، واللعان ، وبقى خامس ذكره فى الفتح وهو إباء الزوج عن الإسلام : أى لو أسلمت زوجة الذمى وأبى عن الإسلام فإنه طلاق بخلاف عكسه ، فإنها لو أبت يبقى النكاح وقد غيرت البيت إلى قولى :

أما الطلاق فجب عنة   وإباء الزوج إيلاؤه واللعن يتلوها

وكذا إسلام أحد الحربيين فرقة بطلاق على قولهما لكن لما مشى على كونه فسخا لم تذكره .

[تتمة] قدمنا عن الفتح أن كل فرقة بطلاق يلحق الطلاق عدتها إلا اللعان لأنه حرمة مؤبدة (قوله خلا ملك الخ) أراد بالملك ملك أحدهما للآخر أو لبعضه وبالعتق خيار الأمة إذا أعتقها مولاها بعد مازوجها ، بخلاف العبد وبالإسلام إسلام أحد الحربيين ، وبالتقبيل فعل مايوجب حرمة المصاهرة ، فإنه لايرتفع النكاح بمجرد ذلك ، بل بعد المتاركة أو تفريق القاضى كما مر فى المحرمات ، فلم يتعين التفريق ، وقد علمت أن ذكر السبى لامحل له .

وحاصل ماذكره مما لايحتاج إلى القضاء ثمانية ويرد عليه الفرقة بالردة فسيأتى أن ارتداد أحدهما فسخ فى الحال وقد غيرت البيت الأخير إلى قولى :

إيلاؤه ردة أيضا مصاهرة   تباين مع فساد العقد يدنيها

(قوله وبطل خيار البكر) أى من بلغت وهى بكر (قوله لو مختارة) أما لو بلغها الخبر فأخذها العطاس أو السعال فلما ذهب عنها قالت لاأرضى جاز الرد إذا قالته متصلا وكذا إذا أخذ فمها فترك فقالت لاأرضى جاز الرد ط عن الهندية (قوله عالمة بأصل النكاح) فلا يشترط علمها بثبوت الخيار لها أو أنه لايمتد إلى آخر المجلس كما فى شرح الملتقى ؛ وفى جامع الفصولين : لو بلغت وقالت الحمد لله اخترت نفسى ، فهى على خيارها وينبغى أن تقول فى فور البلوغ اخترت نفسى ونقضت النكاح فبعده لايبطل حقها بالتأخير حتى يوجد التمكين اهـ (قوله فلو سألت الخ) لامحل لهذا التفريع بل المقام مقام الاستدراك ، لأن بطلان الخيار بعلمها بأصل النكاح يقتضى بطلانه بالأولى فى هذه المسائل المذكورة لاعدم بطلانه لأنها إنما تكون بعد العلم بأصل النكاح . ولو فرض وجودها قبله لم يحصل نزاع فى عدم بطلان الخيار بها مع أن النزاع قائم كما تراه قريبا (قوله نهر بحثا) أى على خلاف ماهو المنقول فى الزيلعى والمحيط والذخيرة ، وأصل البحث للمحقق ابن الهمام حيث قال : وما قيل لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لادليل عليه ، وغاية الأمر كون هذه الحالة كحالة

(ولا يمتد إلى آخر المجلس) لأنه كالشفعة ولو اجتمعت معه تقول أطلب الحقين ثم تبدأ بخيار البلوغ لأنه دينى وتشهد قائلة بلغت الآن ضرورة إحياء

ابتداء النكاح ، ولو سألت البكر عن اسم الزوج لاينفذ عليها وكذا عن المهر وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا كيف وإنما أرسلت لغرض الإشهاد على الفسخ اه ملخصا . ونازعه فى البحر فى السلام بأن خيار البكر يبطل بمجرد السكوت ، ولا شك أن الاشتغال بالسلام فوق السكوت .

قال فى النهر وأقول : ممنوع فقد نقلوا فى الشفعة أن سلامه على المشترى لايبطلها لأنه صلى الله عليه وسلم قال « السلام قبل الكلام » ولاشك أن طلب المواثبة بعد العلم بالبيع يبطل بالسكوت كخيار البلوغ ولو كان السلام فوقه لبطلت ، وقالوا لو قال من اشتراها وبكم اشتراها لاتبطل شفعته كما فى البزازية ، وهذا يؤيد مافى فتح القدير نعم ماوجه به فى المهر إنما يتم إذا لم يخل بها أما إذا خلا بها خلوة صحيحة فالوتوف على كميته اشتغال بما لايفيد لوجوبه بها فإطلاق عدم سقوطه مما لاينبغى اه كلام النهر وعن هذا الأخير قال الشارح قبل الخلوة .

والحاصل أن المنقول فى هذه المسائل الثلاث بطلان الخيار ، وبحث فى الفتح عدمه فيها ونازعه فى البحر فى مسألة السلام فقط ، وانتصر فى النهر للفتح فى الكل ، وكذا المحقق المقدسى والشرنبلالى وكأن أصل الحكم مذكور بطريق التخريج والاستنباط من بعض مشايخ المذهب ، فنازعهم فى الفتح فى صحة هذا التخريج فإنه وإن كان من أهل الترجيح كما ذكره فى قضاء البحر بل بلغ رتبة الاجتهاد كما ذكره المقدسى فى باب نكاح العبد ، لكنه لايتابع فيما يخالف المذهب ، فلو كان هذا الحكم منقولا عن أحد أئمتنا الثلاثة لما ساغ لهؤلاء اتباع بحثه المخالف لمنقول المذهب ، ومما يؤيد أنه قول لبعض المشايخ لانص مذهبى قول المحقق وماقيل الخ فافهم (قوله ولا يمتد إلى آخر المجلس) أى مجلس بلوغها أو علمها بالنكاح كما فى الفتح : أى إذا بلغت وهى عالمة بالنكاح أو علمت به بعد بلوغها فلابد من الفسخ فى حال البلوغ أو العلم فلو سكتت ولو قليلا بطل خيارها ولو قبل تبدل المجلس (قوله لأنه كالشفعة) أى فى أنه يشترط لثبوتها أن يطلبها الشفيع فور علمه فى ظاهر الرواية حتى لو سكت لحظة أو تكلم بكلام لغو بطلت ، وما صححه الشارح فى بابها من أنها تمتد إلى آخر المجلس ضعيف كما سيأتى إن شاء الله تعالى (قوله ولو اجتمعت معه) أى الشفعة مع خيار البلوغ ح (قوله ثم تبدأ بخيار البلوغ) هذا قول وقيل بالشفعة وفى شفعة البزازية له حق خيار البلوغ والشفعة فقال : طلبتها واخترت نفسى يبطل المؤخر ويثبت المقدم ، لأنه يمكنه أن يقول طلبتهما ، أو أجزتهما أو اخترتهما جميعا نفسى والشفعة قال القاضى أبو جعفر : يقدم خيار البلوغ لأن فى خيار الشفعة ضرب سعة لما مر أنه لو قال من اشترى وبكم اشترى لاتبطل وقيل يقول طلبت الحقين اللذين ثبتا لى الشفعة ورد النكاح اه وتوقف الخير الرملى فى وجه التعيين ، واستبعد الخلاف فيه لأن الظاهر أن بعض المتقدمين قال على سبيل التمثيل طلبتهما نفسى والشفعة ، وبعضهم قال الشفعة ونفسى فظن بعض المتأخرين أن ذلك حتم ، وليس كذلك لأن طلب الحقين جملة هو المانع من السقوط فحيث ثبت ذلك بالإجمال المتقدم لايضر فى البيان تقديم أحدهما على الآخر ، بل لو قيل لاحاجة إلى التفسير لكان له وجه وجيه اه ملخصا فتأمل .

قلت : وأما الثيب فتبدأ بالشفعة بلا خلاف لأن خيارها يمتد كما يأتى (قوله وتشهد الخ) قال فى البزازية : وإن أدركت بالحيض تختار عند رؤية الدم ، ولو فى الليل تختار فى تلك الساعة ، ثم تشهد فى الصبح وتقول رأيت الدم الآن لأنها لو أسندت أفسدت وليس هذا بكذب محض بل من قبيل المعاريض المسوغة لإحياء الحق لأن الفعل الممتد لدوامه حكم الابتداء والضرورة داعية إلى هذا لاإلى غيره اه .

الحق (وإن جهلت به) لتفرغها للعلم (بخلاف) خيار (المعتقة) فإنه يمتد لشغلها بالمولى (وخيار الصغير والثيب إذا بلغا لايبطل) بالسكوت (بلا صريح) رضا (أو دلالة) عليه (كقبلة ولمس) ودفع مهر (لا) يبطل (بقيامهما عن المجلس) لأن وقته العمر فيبقى حتى يوجد الرضا ، ولو ادعت التمكين كرها صدقت ، ومفاده

وحاصله : أنها تعنى بقولها بلغت الآن إلى الآن بالغة ، لئلا يكون كذباً صريحاً لأنه حيث أمكن إحياء الحق بالتعريض ، وهو أن يريد المتكلم ماهو خلاف المتبادر من كلامه كان أولى من الكذب الصريح فافهم . وفى جامع الفصولين فإن قالوا متى بلغت تقول كما بلغت نقضته ، لانزيد على هذا فإنها لو قالت بلغت قبل هذا ونقضته حين بلغت لاتصدق و لإشهاد لايشترط لاختيارها نفسها ، لكن شرط لإثباته ببينة ليسقط اليمين عنها وتحليفها على اختيارها نفسها كتحليف الشفيع على الشفعة فإن قالت للقاضى : اخترت نفسى حين بلغت صدقت مع اليمين ولو قالت : بلغت أمس وطلبت الفرقة لايقبل وتحتاج إلى البينة . وكذا الشفيع لو قال طلبت حين علمت فالقول له ، ولو قال : علمت أمس وطلبت لايقبل بلا بينة اهـ .

قلت : وتحصل من مجموع ذلك أنها لو قالت : بلغت الآن وفسخت تصدق بلا بينة ولا يمين ، ولوقالت فسخت حين بلغت تصدق بالبينة أو اليمين ، ولو قالت بلغت أمس وفسخت ، فلابد من البينة لأنها لا تملك إنشاء الفسخ فى الحال بخلاف الصورة الثانية ، حيث لم تسنده إلى الماضى فقد حكت ماتملك استئنافه فقد ظهرالفرق بين الصورتين وإن خفى على صاحب الفصولين كما أفاده فى نور العين (قوله وإن جهلت به) أى بأن لها خيار البلوغ أو بأنه لايمتد قال القهستانى : وهذا عند الشيخين وقال محمد إن خيارها يمتد إلى أن تعلم أن لها خيارا كما فى التحف (قوله لتفرغها للعلم) أى لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بحرأى أنها يمكنها التفرغ للتعلم لفقد مايمنعها منه ، وإن لم تتكنف به قبل بلوغها (قوله بخلاف خيار المعتقة فإنه يمتد) أى يمتدإلى آخرالمجلس ويبطل بالقيام عنه كما فى الفتح فافهم ، وكذا لايحتاج إلى القضاء بخلاف خيار البكر على مامر .

والحاصل كما فى النهر : أن خيار العتق خالف خيار البلوغ فى خمسة ثبوته للأنثى فقط ، وعدم بطلانه بالسكوت فى المجلس وعدم اشتراط القضاء فيه ، وكون الجهل عذرا وفى بطلانه بما يدل على الإعراض ، وهذا الأخير بخلاف خيار الثيب والغلام على مايأتى اهـ . وأراد بالمعتقة التى زوجها مولاها قبل العتق صغيرة أو كبيرة ، فيثبت لها خيار العتق لاخيار البلوغ لو صغيرة إلا إذا زوجها بعد العتق ، فيثبت لها وللعبد الصغير أيضا بخلاف خيار العتق فإنه لايثبت له لو زوجه قبل العتق صغيرا أو كبيرا كما حررناه سابقا (قوله والثيب) شمل ما لو كانت ثيبا فى الأصل أو كانت بكرا ثم دخل بها ثم بلغت كما فى البحر وغيره (قوله أو دلالة) عطف على صريح وضميرعليه للرضا ط (قوله ودفع مهر) حمله فى الفتح على ما إذا كان قبل الدخول ، أما لو دخل بها قبل بلوغه ، ينبغى أن لايكون دفع المهر بعد بلوغه رضا لأنه لابد منه أقام أو فسخ اهـ بحر ، ومثله يقال فى قبولها المهر بعد الدخول بها أو الخلوة أفاده ط ومن الرضا دلالة فى جانبها تمكينه من الوطء وطلب الواجب من النفقة ، بخلاف الأكل من طعامه وخدمته نهر عن الخلاصة وتقدم فى استئذان البالغة تقييد الخدمة بما إذا كانت تخدمه من قبل والظاهر جريانه هنا (قوله لأن وقته العمر الخ) على هذا تظافرت كلمتهم كما فى غاية البيان ، فما نقل عن الطحاوى من أنه يبطل بصريح الإبطال ، أو بما يدل عليه كما إذا اشتغلت بشىء آخر مشكل إذ يقتضى تقيده بالمجلس فتح .

والجواب : أن مراده بالشىء الآخر عمل يدل على الرضا كالتمكين ونحوه لتصريحه بأنه لايبطل بالقيام عن المجلس بحر (قوله صدقت) أى لأن الظاهر يصدقها فتح (قوله ومفاده الخ) قال فى المنح : وهذا الفرع يدل على

أن القول لمدعى الإكراه لو فى حبس الوالى فليحفظ (الوالى فى النكاح) لا المال (العصبة بنفسه) وهو من يتصل بالميت حتى المعتقة (بلا توسطة أنثى) بيان لما قبله (على ترتيب الإرث والحجب) فيقدم ابن المجنونة على أبيها

مانقله البزازى وأفتى به مولانا صاحب البحر من أن القول قول مدعى الإكراه إذا كان فى حبس الوالى ح (قوله لا المال) فإنه الولى فيه الأب ووصيه والجد ووصيه والقاضى ونائبه فقط ح ثم لا يخفى أن قوله لا المال على معنى فقط أى المراد بالولى هنا الولى فى النكاح ، سواء كان له ولاية فى المال أيضا كالأب والجد والقاضى أولا كالأخ لا الولى فى المال فقط ، وبه اندفع مافى الشرنبلالية من أن فيه تدافعا بالنسبة إلى الأب والجد لأن لهما ولاية فى المال أيضا (قوله العصبة بنفسه) خرج به العصبة بالغير كالبنت تصير عصبة بالابن ، ولا ولاية لها على أمها المجنونة وكذا العصبة مع الغير كالأخوات مع البنات ، ولا ولاية للأخت على أختها المجنونة كما فى المنح والبحر . والمراد خروجهما من رتبة التقديم وإلا فلهما ولاية فى الجملة يدل عليه قول المصنف بعد فإن لم يكن عصبة الخ . والحاصل أن ولاية من ذكر بالرحم لا بالتعصيب ، وإن كانت فى حال عصوبتها كالبنت مع الابن الصغير فإنها تزوج أمها المجنونة بالرحم لا بكونها عصبة مع الإبن (قوله وهو من يتصل بالميت) الضمير لعصبة المذكور المراد به المعهود فى باب الإرث بقرينة قوله على ترتيب الإرث والحجب ، فيكون تعريفه ماعرفوه به فى باب الارث . فلا يرد ماقيل إنه لا ميت هنا فالأولى أن يقال وهو من يتصل بغير المكلف فافهم . هذا وفى النهر هو من يأخذ كل المال إذا انفرد والباقى مع ذى سهم وهذا أولى من تعريفه بذكر يتصل بلا واسطة أنثى إذا المعتقة لها ولاية الإنكاح على معتقها الصغير حيث لا أقرب منها اهـ . فعبر الشارح بمن بدل ذكر لادخال المعتقة فيندفع اعتراض النهر لكن يرد عليه كما قال الرحمتى عصبات المعتقة فإن لهم ولاية بعدها مع أنهم متصلون بواسطة أنثى اهـ . فالأولى تعريف النهر ، ولا يرد عليه أن العصبة هنا لا يأخذ كل المال ولا شيئا منه لما قلنا آنفا ، ونظيره قولهم فى نفقة الأرحام تجب النفقة على الوارث بقدر إرثه مع أن الكلام فى النفقة على الحى أو يقال المراد من يسمى عصبة لو فرض المقصود تزويجه ميتا ، وعلى كل فتكلف التأويل عند ظهور المعنى غير لازم ، والاعتراض بما لا يخطر بالبال غير وارد بل ربما يعاب على فاعله كما عيب على من أورد على تعريفهم الماء الجارى بأنه مايذهب بتبنة أنه يصدق على الحمار مثلا أنه يذهب بها (قوله بيان لما قبله) أى لقوله العصبة بنفسه ، لأنه لا يكون إلا بلا توسط أنثى يعنى إذا كان من جهة النسب ، أما من السبب فقد يكون كعصبة المعتقة ، ولا يخفى أنه بيان بالنسبة لكلام المتن أما فى كلام الشارح فهو جزء من التعريف لأنه أفاد إخراج من يتصل بالميت بواسطة أنثى كالجد لأم مثلا (قوله فيقدم ابن المجنونة على أبيها) هذا عندهما خلافا لمحمد ، حيث قدم الأب ، وفى الهندية عن الطحاوى أن الأفضل أن يأمر الأب الابن بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف اهـ . وابن الابن كالابن ، ثم يقدم الأب ، ثم أبوه ، ثم الأخ الشقيق ثم لأب ، وذكر الكرخى أن تقديم الجد على الأخ قول الإمام وعندهما يشتركان والأصح أنه قول الكل ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب ثم العم الشقيق ثم لأب ثم ابنه كذلك ثم عم الأب كذلك ثم ابنه كذلك ثم عم الجد كذلك ثم ابنه كذلك كل هؤلاء لهم إجبار الصغيرين ، وكذا الكبيرين إذا جنا ثم المعتق ولو أنثى ثم ابنه وإن سفل ثم عصبته من النسب على ترتيبهم بحر عن الفتح وغيره .

[تنبيه] يشترط فى المعتق أن يكون الولاء له ليخرج من كانت أمها حرة الأصل وأبوها معتق فإنه لا ولاية لمعتق الأب عليها ، ولا يرثها فلا يلى إنكاحها كما نبه عليه صاحب الدرر فى كتاب الولاء . فلو لم يوجد لها سوى الأم ومعتق

لأنه يحجبه حجب نقصان (بشرط حرية وتكليف وإسلام فى حق مسلمة) تريد التزوج (وولد مسلم) لعدم الولاية (وكذا لاولاية) فى نكاح ولا فى مال (لمسلم على كافرة إلا) بالسبب العام

الأب ، فالولاية للأم دونه ولم أر من نبه عليه هنا أفاده السيد أبو السعود عن شيخه (قوله لأنه يحجبه حجب نقصان) فيه أن الأب لايرث بالفرضية أكثر من السدس ، وذلك مع الابن وابنه ومع البنت يرثه بالفرض ، والباقى بالتعصيب وعند عدم الولد بالتعصيب فقط ، وليس مايرثه بالتعصيب مقدرا حتى ينقص منه فالأولى التعليل بأنه لايكون عصبة مع الابن تأمل (قوله بشرط حرية الخ) قلت : وبشرط عدم ظهور كون الأب أو الجد سيء الاختيار مجانة وفسقا إذا زوج الصغير أو الصغيرة بغير كفء أو بغبن فاحش وكونه غير سكران أيضا كما مر بيانه ، واحترز بالحرية عن العبد فلا ولاية له على ولده ولو مكاتبا إلا على أمته دون عبده لنقصه بالمهر والنفقة كما سيأتى فى بابه ، وبالتكليف عن الصغيرة والمجنونة ، فلا يزوج فى حال جنونه مطبقا أو غير مطبق ، ويزوج حال إفاقته عن المجنون بقسميه ، لكن إن كان مطبقا تسلب ولايته فلا تنتظر إفاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فتنتظر إفاقته كالنائم ، ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب إذا فات بانتظار إفاقته تزوج موليته ، وإن لم يكن مطبقا وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون فى غيبة الولى الأقرب على ما سنذكره فتح وتبعه فى البحر والنهر والمطبق شهر وعليه الفتوى بحر

مطلب لايصح تولية الصغير شيخا على خيرات

[تنبيه] علل الزيلعى عدم الولاية لمن ذكر بأنهم لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لايكون لهم ولاية على غيرهم لأن الولاية على الغير فرع الولاية على النفس . وذكر السيد أبو السعود عن شيخه أن هذا نص فى جواب حادثة سئل عنها هى : أن الحاكم قرر طفلا فى مشيخة على خيرات يقبض غلاتهم وتوزيع الخبز عليهم والنظر فى مصالحهم فأجاب ببطلان التولية أخذا مما ذكر (قوله فى حق مسلمة) قيد فى قوله وإسلام (قوله تريد التزوج) أشار إلى أن المراد بالمسلمة البالغة ، حيث أسند التزوج إليها لئلا يتكرر مع قوله ، وولد مسلم فإن الولد يشمل الذكر والأنثى وحينئذ فليس فى كلامه مايقتضى أن للكافر التصرف فى مال بنته الصغيرة المسلمة فافهم ، وعلى ماقلنا فإذا زوجت المسلمة نفسها وكان لها أخ أو عم كافر ، فليس له حق الاعتراض لأنه لاولاية له ، وقد مر أول الباب أن من لاولى لها فنكاحها صحيح نافذ مطلقاً أى ولو من غير كفء أو بدون مهر المثل ، وإذا سقطت ولاية الأب الكافر على ولده المسلم ، فبالأولى سقوط حق الاعتراض على أخته المسلمة أو بنت أخيه ويؤخذ من هذا أيضا أنه لوكان لها عصبة رقيق أو صغير فهى بمنزلة من لاعصبة لها لأنه لاولاية لهما كما علمته وقدمنا ذلك أول الباب (قوله لعدم الولاية) تعليل للمفهوم يعنى أن الكافر لايلى على المسلمة وولده المسلم لقوله تعالى — ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا — ح (قوله وكذا الخ) عطف على المفهوم الذى قلناه والمسألة مذكورة فى الفتح والبحر (قوله لمسلم على كافرة) لقوله تعالى — والذين كفروا بعضهم أولياء بعض — (قوله إلا بالسبب العام الخ) قالوا وينبغى أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا قال السروجى : لم أر هذا الاستثناء فى كتب أصحابنا ، وإنما هو منسوب إلى الشافعى ومالك . قال فى المعراج : وينبغى أن يكون مرادا ورأيت فى موضع معزوا إلى المبسوط الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء اهـ بحر وفتح ومقدسى . وذكره الزيلعى أيضا بصيغة وينبغى وتبعه فى الدرر والعينى وغيره ، فحيث عبروا كلهم عنه بصيغة ينبغى كان المناسب للمصنف أن يتابعهم لئلا يوهم أنه منقول فى كتب المذهب صريحا وقول المعراج : ورأيت

(بأن يكون) المسلم **(سيد أمة كافرة أو سلطانا)** أو نائبه أو شاهدا **(وللكافر ولاية على)** كافر **(مثله)** اتفاقا **(فإن لم يكن عصبة فالولاية للأم)** ثم لأم الأب وفى القنية عكسه ، ثم للبنت ، ثم لبنت الابن ، ثم لبنت البنت ، ثم لبنت ابن الابن ، ثم لبنت بنت البنت ، وهكذا ، ثم للجد الفاسد **(ثم للأخت لأب وأم)** ، ثم للأخت

فى موضع الخ لايكفى فى النقل لجهالته فافهم (قوله أو نائبه) أى كالقاضى ، فله تزويج اليتيمة الكافرة حيث لاولى لها وكان ذلك فى منشوره نهر (قوله فإن لم يكن عصبة) أى لانسبية ولا سببية كالمعتق ولو أنثى وعصباته كما مر فيقدمان على الأم بحر (قوله فالولاية للأم الخ) أى عند الإمام ومعه أبو يوسف فى الأصح وقال محمد : ليس لغير العصبات ولاية وإنما هى للحاكم والأول الاستحسان ، والعمل عليه إلا فى مسائل ليست هذه منها فما قيل من أن الفتوى على الثانى غريب لمخالفته المتون الموضوعة لبيان الفتوى من البحر والنهر (قوله وفى القنية عكسه) أى حيث قال فيها أم الأب أولى فى الترجيح من الأم قال فى النهر : وحكى عن خواهر زاده وعمر النسفى تقديم الأخت على الأم لأنها من قوم الأب ، وينبغى أن يخرج مافى القنية على هذا القول اهـ أى فيكون من اعتبر ترجيح الجدة قوم الأب يرجح لأب والأخت على الأم لكن المتون على ذكر الأم عقب العصبات ، وعلى ترجيحها على الأخت وصرح فى الجوهرة بتقديم الجدة على الأخت فقال وأولاهم الأم ، ثم الجدة ، ثم الأخت لأب وأم . ونقل ذلك الشرنبلالى فى رسالة عن شرح النقاية للعلامة قاسم وقال ولم يقيد الجدة بكونها لأم أو لأب ، غير أن السياق يقتضى أنها الجدة لأم ، وهل تقدم أم الأب عليها أو تتأخر عنها أو تزاحمها كلام القنية يدل على الأول وسياق كلام الشيخ قاسم يدل على الثانى ، وقد يقال بالمزاحمة لعدم المرجح وقد يقال قرابة الأب لها حكم العصبة فتقدم أم الأب فليتأمل اهـ ملخصا .

قلت : وجزم الخير الرملى بهذا الأخير فقال قيد فى القنية بالأم لأن الجدة لأب أولى من الجدة لأم قولا واحدا فتحصل بعد الأم أم الأب ثم أم الأم ثم الجد الفاسد تأمل اهـ وما جزم به الرملى أفتى به فى الحامدية ، ثم هذا فى الجدة الصحيحة أما الفاسدة فهى كالجد الفاسد كما يأتى قريبا (قوله ثم للبنت) إلى قوله وهكذا ذكر ذلك فى أحكام الصغار عقب الأم وكذا فى فتح القدير والبحر وقول الكنز وإن لم تكن عصبة فالولاية للأم ، ثم للأخت الخ يخالفه ، لكن اعتذر عنه فى البحر بأنه لم يذكره فى الكنز بعد الأم لأنه خاص بالمجنون والمجنونة (قوله وهكذا) أى إلى آخر الفروع وإن سفلوا ط (قوله ثم للجد الفاسد) قال فى البحر : وظاهر كلام المصنف أن الجد الفاسد مؤخر عن الأخت لأنه من ذوى الأرحام وذكر المصنف فى المستصفى أنه أولى منها عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف الولاية لهما كما فى الميراث وفى فتح القدير وقياس ماصحح فى الجد والأخ من تقدم الجد تقدم الجد الفاسد على الأخت اهـ فثبت بهذا أن المذهب أن الجد الفاسد بعد الأم قبل الأخت اهـ كلام البحر : أى بعد الأم فى غير المجنون والمجنونة وإلا فالبنت مقدمة عليه كما علمت .

قلت : ووجه القياس أنهم ذكروا أن الأصح أن الجد أبا الأب مقدم على الأخ عند الكل وإن اشترك مع الأخ فى الميراث عندهما لأن الولاية تبتنى على الشفقة وشفقة الجد فوق شفقة الأخ ، وحينئذ يقاس عليه الجد الفاسد مع الأخت فإن شفقته أقوى منها ، ومقتضى هذا أن الجدة الفاسدة كذلك ، ويؤيد هذا أن من أخر الجد الفاسد عن الأخت ذكر معه الجدة الفاسدة ، وهو مامشى عليه فى شرح درر البحار حيث قال : وعند أبى حنيفة الأم ثم الجدة الصحيحة ، ثم الأخت لأبوين ، ثم لأب ، ثم الأخ ، أو الأخت لأم وبعد هؤلاء ذوو الأرحام كجد وجدة فاسدين ، ثم ولد أخت لأبوين أو لأب ، ثم ولد أخ لأم ، ثم العمة ، ثم الخال ، ثم الخالة ، ثم بنت العم ،

لأب ثم لولد الأم) الذكر والأنثى سواء ، ثم لأولادهم (ثم لذوى الأرحام) العمات ، ثم الأخوال ، ثم الخالات ، ثم بنات الأعمام . وبهذا الترتيب أولادهم شمنى ثم مولى الموالاة (ثم للسلطان ثم لقاض نص له عليه فى منشوره) ثم لنوابه إن فوض له ذلك وإلا لا (وليس للوصى) من حيث هو وصى (أن يزوج) اليتيم (مطلقا) وإن أوصى إليه الأب بذلك على المذهب .

وهكذا الأقرب فالأقرب اه (قوله الذكر والأنثى سواء) لأن لفظ الولد يشملهما ، ومقتضاه أنهما فى رتبة واحدة ، ومقتضى تقديم الأخوال على الخالات كما يأتى أن يقدم الذكر هنا تأمل (قوله ثم لأولادهم) أى أولاد الأخت الشقيقة ، وما عطف عليها على هذا الترتيب كما علمته مما نقلناه عن شرح درر البحار وهذا يغنى عنه مابعده (قوله وبهذا الترتيب أولادهم) فيقدم أولاد العمات ، ثم أولاد الأخوال ثم أولاد الخالات ، ثم أولاد بنات الأعمام ط (قوله ثم مولى الموالاة) هو الذى أسلم على يده أبو الصغيرة ووالاه لأنه يرث فتثبت له ولاية التزويج فتح أى إذا كان الأب مجهول النسب ووالاه على أنه إن جنى يعقل عنه ، وإن مات يرثه وقد تكون الموالاة من الطرفين كما سيأتى فى بابها وشمل المولى الأنثى كما فى شرح الملتقى (قوله ثم لقاض) نقل القهستانى عن النظم أنه مقدم على الأم .

قلت : وهو خلاف مافى المتون وغيرها (قوله نص له عليه فى منشوره) أى على تزويج الصغار والمنشور ماكتب فيه السلطان إنى جعلت فلانا قاضياً ببلدة كذا ، وإنما سمى به لأن القاضى ينشره وقت قراءته على الناس قهستانى ، وسنذكر فى مسألة عضل الأقرب أنه تثبت الولاية فيها للقاضى وإن لم يكن فى منشوره أى لأن ثبوت الولاية له فيها بطريق النيابة عن الأب أو الجد الفاضل دفعاً لظلمه ، فيحمل ماهنا على ماإذا ثبتت له الولاية لابطريق النيابة تأمل (قوله إن فوض له ذلك وإلا فلا) أى وإن لم يفوض للقاضى التزويج فليس لنائبه ذلك لما فى المجتبى ، ثم للقاضى ونوابه إذا شرط فى عهده تزويج الصغار والصغائر وإلا فلا اه قال فى البحر : هذا بناء على أن هذا الشرط إنما هو فى حق القاضى دون نوابه ، ويحتمل أن يكون شرطاً فيهما ، فإذا كتب فى منشور قاضى القضاة ، فإن كان ذلك فى عهد نائبه منه ملكه النائب وإلا فلا ، ولم أر فيه منقولا صريحا اه .

وحاصله : أن القاضى إذا كان مأذونا بالتزويج ، فهل يكفى ذلك لنائبه أم لابد أن ينص القاضى لنائبه على الإذن ؟ وعبارة المجتبى محتملة والمتبادر منها الأول ، وما فى النهر من أن مافى المجتبى لايفيد عدم اشتراط تفويض الأصيل للنائب كما توهمه فى البحر رده الرملى بأنه كيف لايفيد مع إطلاقه فى نوابه والمطلق يجرى على إطلاقه ، ووجهه أنه لما فوض لهم ماله ولايته التى من جملتها التزويج صار ذلك من جملة مافوض إليهم ، وقد تقرر أنهم نواب السلطان حيث أذن له بالاستنابة عنه فيما فوضه إليه اه فافهم .

قلت : لكن قال فى أنفع الوسائل الظاهر أن النائب الذى لم ينص له القاضى على تزويج الصغائر لايملكه لأنه إن كان فوض إليه الحكم بين الناس فهذا مخصوص بالرافعات ، فلا يتعدى إلى التزويج ، وكذا لو قال استنبتك فى الحكم أما لو قال له استنبتك فى جميع مافوض إلى السلطان فيملكه حيث عمم له اه ، ثم استظهر فى أنفع الوسائل أنه إذا ملك التزويج ليس له أن يأذن به لغيره لأنه بمنزلة الوكيل عن القاضى ، وليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن اه (قوله وليس للوصى) أى وصى الصغير والصغيرة بحر . واليتيم بوزن فعيل يشملهما (قوله من حيث هو وصى) احترز به عن قوله الآتى نعم لو كان قريبا أو حاكماً يملكه الخ (قوله على المذهب) لأنه المذكور فى كافى الحاكم مطلقاً ، حيث قال والوصى ليس بولى وزاد فى الذخيرة ، سواء أوصى إليه الأب بالنكاح

نعم لو كان قريبا أو حاكما يملكه بالولاية كما لايخفى .

[فروع] ليس للقاضي تزويج الصغيرة من نفسه ولا ممن لاتقبل شهادته له كما فى معين الحكام ، وأقره المصنف وبه علم أن فعله حكم وإن عرى عن الدعوى .

صغيرة زوجت نفسها ولا ولى ولا حاكم ثمة توقف ، ونفذ بإجازتها بعد بلوغها لأن له مجيزا وهو السلطان ،

أولا ، نعم فى الخانية وغيرها : أنه روى هشام فى نوادره عن أبى حنيفة أنه له ذلك إن أوصى إليه به ، وعليه مشى الزيلعى قال فى البحر وهى رواية ضعيفة ، واستثنى فى الفتح مالو عين له الموصى فى حياته رجلا واعترضه فى البحر بأنه إن زوجها من المعين فى حياة الموصى فهو وكيل لاوصى وإن بعد موته ، فقد بطلت الوكالة وانتقلت الولاية للحاكم عند عدم قريب (قوله يملكه) أى التزويج إن لم يكن أحد أولى منه (قوله ولا ممن لاتقبل شهادته له) كأصوله وإن علوا فروعه وإن سفلوا ط (قوله علم أن فعله حكم) أى وليس له أن يحكم لنفسه لأنه فى حق نفسه رعية وكذا السلطان ح عن الهندية .

[تنبيه] أفتى ابن نجيم بأن القاضى إذا زوج يتيمة ارتفع الخلاف ، فليس لغيره نقضه أى لما علمت من أن ذلك حكم منه ثم رأيت ماأفتى به فى أنفع الوسائل (قوله وإن عرى عن الدعوى) وأما قولهم شرط نفاذ القضاء فى المجتهدات أن يصير الحكم حادثة تجرى فيه خصومة صحيحة عند القاضى من خصم على خصم ، فالظاهر أنه محمول على الحكم القولى ، أما الفعلى فلا يشترط فيه ذلك توفيقا بين كلامهم نهر .

قلت : وكذا القضاء الضمنى لايشترط له الدعوى والخصومة كما إذا شهدا على خصم بحق وذكرا اسمه واسم أبيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وإن لم يكن فى حادثة النسب ، وكذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلانا فى كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما ونظيره الحكم بثبوت الرمضانية فى ضمن دعوى الوكالة وتمامه فى قضاء الأشباه (قوله صغيرة زوجت نفسها) أى من كفء بمهر المثل ، وإلا لم يتوقف لأن الحاكم لايملك العقد عليها بذلك فلا يملك إجازته فكان عقدا بلا مجيز ، نعم لو كان لها أب أو جد وزوجت نفسها كذلك توقف لأن له مجيزا وقت العقد لأن الأب والجد يملكان العقد بذلك والصغير كالصغيرة لما فى الخانية من أن الصغير لو تزوج بالغة ثم غاب فتزوجت آخر وكان الصبى أجاز بعد بلوغه العقد الذى باشره فى صغره فإن كانت الإجازة بعد العقد الثانى جاز الثانى لأنها تملك الفسخ قبل إجازته ، وإن كانت قبله فإن كان الأول بمهر المثل أو بغبن فاحش وللصغير أب أو جد نفذ بإجازة الصبى بعد بلوغه وإلا فيجوز الثانى (قوله ولا حاكم ثمة) أى فى موضع العقد ز قوله توقف الخ) هذا قول بعض المتأخرين ففى أحكام الصغار : فإن كانت فى موضع لم يكن فيه قاض إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضى تلك البلدة ينعقد ، ويتوقف على إجازة ذلك القاضى وإلا فلا ينعقد وقال بعض المتأخرين : ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ اه .

واستشكله فى البحر بأنهم قالوا كل عقد لامجيز له حال صدوره فهو باطل لا يتوقف ثم قال التوقف فيه باعتبار أن مجيزه السلطان كما لايخفى اه وهذا مبنى على كفاية كون ذلك المكان تحت ولاية السلطان وإن لم يكن تحت ولاية قاض ، وعليه فبطلان العقد يتصور فيما إذا كان فى دار الحرب أو البحر أو المفازة ونحو ذلك بخلاف القرى والأمصار ويدل عليه مافى الفتح فى فصل الوكالة بالنكاح حيث قال : ومالا مجيز له أى ماليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كانت تحته حرة فزوجه الفضولى أمة أو أخت امرأته أو خامسة أو زوجه معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة فى دار الحرب أو إذا لم يكن سلطان ولا قاض لعدم من يقدر على الإمضاء حالة العقد فوقع باطلا اه

ولو زوّجها وليان مستويان قدم السابق فإن لم يدر أو وقعا معا بطلا (وللولى الأبعد التزويج بغيبة الأقرب) فلو زوج الأبعد حال قيام الأقرب توقف على إجازته ولو تحولت الولاية إليه لم يجز إلا باجازته بعد التحول قهستانى وظهيرية (مسافة القصر) واختار فى الملتقى مالم ينتظر الكفء الخاطب جوابه واعتمده الباقانى ونقل ابن الكمال أن عليه الفتوى وثمرة الخلاف فيمن اختفى في المدينة هل تكون غيبة منقطعة (ولو زوجها الأقرب حيث هو جار) النكاح (على) القول (الظاهر) ظهيرية

وسيأتى تمامه فى آخر الباب الآتى وقد أطلنا الكلام فى تحرير هذه المسألة فى تنقيح الفتاوى الحامدية من كتاب المأذون (قوله وليان مستويان) كأخوين شقيقين فلو أحد الوليين أقرب من الآخر، فلا ولاية للأبعد مع الأقرب إلا إذا غاب غيبة منقطعة، فنكاح الأبعد يجوز إذا وقع قبل عقد الأقرب بحر: أى يجوز على أحد القولين وفيه كلام يأتى قريبا (قوله فإن لم يدر) ينبغى أنها لو بلغت وادعت أن أحدهما هو الأول يقبل لما فى الفتح ولو زوجها أبوها وهى بكر بالغة بأمرها وزوجت هى نفسها من آخر فأيهما قالت هو الأول فالقول لها وهو الزوج لأنها أقرت بملك النكاح له على نفسها، وإقرارها حجة تامة عليها وإن قالت: لا أدرى الأول ولا يعلم من غيرها فرق بينهما وكذا لو زوجها وليان بأمرها اه. (قوله وللولى الأبعد الخ) المراد بالأبعد من يلى الغائب فى القرب كما عبر به فى كافى الحاكم، وعليه فلو كان الغائب أباها ولها جد وعم، فالولاية للجد لا للعم قال فى الاختيار: ولا تنتقل إلى السلطان لأن السلطان ولى من لا ولى له وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه اه ومثله فى الفتح وغيره وبه علم أنه ليس المراد بالأبعد هنا القاضى وما فى الشرنبلالية من أن المراد به القاضى دون غيره لأن هذا من باب دفع الظلم اه. إنما قاله فى المسألة الآتية أى مسألة عضل الأقرب كما يأتى بيانه، ويدل عليه التعليل بدفع الظلم فإنه لا ظلم فى الغيبة بخلاف العضل فالاعتراض على الشرنبلالية بمخالفتها لإطلاق المتون ناشىء عن اشتباه إحدى المسألتين بالأخرى فافهم (قوله حال قيام الأقرب) أى حضوره وهو من أهل الولاية أما لو كان صغيرا أو مجنونا جاز نكاح الأبعد ذخيرة (قوله توقف على إجازته) تقدم أن البالغة لو زوجت نفسها غير كفء، فالولى الاعتراض مالم يرض صريحا أو دلالة كقبض المهر ونحوه، فلم يجعلوا سكوته إجازة والظاهر أن سكوته هنا كذلك فلا يكون سكوته إجازة لنكاح الأبعد وإن كان حاضرا فى مجلس العقد مالم يرض صريحا أو دلالة تأمل (قوله ولو تحولت الولاية إليه) أى إلى الأبعد بموت الأقرب أو غيبته غيبة منقطعة ط (قوله مسافة القصر الخ) اختلف فى حد الغيبة فاختار المصنف تبعا للكنز أنها مسافة القصر ونسبه فى الهداية لبعض المتأخرين والزيلعى لأكثرهم قال: وعليه الفتوى اه. وقال فى الذخيرة الأصح أنه إذا كان فى موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفء الذى حضر فالغيبة منقطعة وإليه أشار فى الكتاب اه.

وفى البحر عن المجتبى والمبسوط: أنه الأصح وفى النهاية واختاره أكثر المشايخ وصححه ابن الفضل، وفى الهداية أنه أقرب إلى الفقه. وفى الفتح أنه الأشبه بالفقه وأنه لا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ أى لأن المراد من المشايخ المتقدمون وفى شرح الملتقى عن الحقائق أنه أصح الأقاويل وعليه الفتوى اه. وعليه مشى فى الاختيار والنقاية ويشير كلام النهر إلى اختياره وفى البحر والأحسن الافتاء بما عليه أكثر المشايخ (قوله هل تكون غيبة منقطعة) أى فعلى الأول لا وعلى الثانى نعم لأنه لم يعتبر مسافة السفر.

قلت: لكن فيه أن الثانى اعتبر فوات الكفء الذى حضر فينبغى أن ينظر هنا إلى الكفء إن رضى بالانتظار مدة يرجى فيها ظهور الأقرب المختفى لم يجز نكاح الأبعد وإلا جاز ولعله بناه على أن الغالب عدم الانتظار تأمل (قوله جاز على الظاهر) أى بناء على أن ولاية الأقرب باقية مع الغيبة. وذكر فى البدائع اختلاف المشايخ فيه،

(ويثبت للأبعد) من أولياء النسب شرح وهبانية. لكن فى القهستانى عن الغيائى: لولم يزوج الأقرب زوج القاضى عند فوت الكفء (التزويج بعضل الأقرب) أى بامتناعه عن التزويج

وذكر أن الأصح القول بزوالها وانتقالها للأبعد قال فى المعراج وفى المحيط لا رواية فيه وينبغى أن لايجوز لانقطاع ولايته ، وفى المبسوط لايجوز ولئن سلم فلأنها انتفعت برأيه ، ولكن هذه منفعة حصلت لها اتفاقا فلا يبنى الحكم عليها اه . وكذا ذكر فى الهداية المنع ثم التسليم بقوله ولو سلم قال فى الفتح : وهذا تنزل وأيد الزيلعى المنع من حيث الرواية والمنقول ، وكذا فى البدائع وبه علم أن قوله على الظاهر ، ليس المراد به ظاهر الرواية لما علمت من أنه لا رواية فيه ، وإنما هو استظهار لأحد القولين ؛ وقد علمت مافيه من تصحيح خلافه ومنعه فى أكثر الكتب .

أقول : ويؤخذ من هذا بالأولى أن الوليين لو كانا فى درجة واحدة كأخوين غاب أحدهما فزوج فى مكانه لايصح لأنه إذا لم يصح تزويج الأقرب الغائب مع حضور الأبعد ، فعدم صحة العقد من الغائب مع حضور المساوى له فى الدرجة بالأولى فتأمل (قوله من أولياء النسب) احتراز عن القاضى (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على مافى شرح الوهبانية فإنه لم يستند فيه إلى نقل صريح ، وهذا منقول وقد أيده أيضا العلامة الشرنبلالى فى رسالة سماها [كشف المعضل فيمن عضل] بأنه ذكر فى أنفع الوسائل عن المنتقى إذا كان للصغيرة أب امتنع عن تزويجها لا تنتقل الولاية إلى الجد بل يزوجها القاضى ، ونقل مثله ابن الشحنة عن الغاية عن روضة الناطفى ، وكذا المقدسى عن الغاية والنهر عن المحيط والفيض عن المنتقى ، وأشار إليه الزيلعى حيث قال فى مسألة تزويج الأبعد بغيبة الأقرب وقال الشافعى : بل يزوجها الحاكم اعتبارا بعضله ، وكذا قال فى البدائع إن نقل الولاية إلى السلطان أى حال غيبة الأقرب باطل ، لأنه ولى من لاولى له وههنا لها ولى أو وليان ، فلا تثبت الولاية للسلطان إلا عند العضل من الولى ولم يوجد وكذا فرق فى التسهيل بين الغيبة والعضل بأن العاضل ظالم بالامتناع فقام السلطان مقامه فى دفع الظلم ، بخلاف الغائب خصوصا للحج ونحوه وفى شرح المجمع الملكى وبه أفتى العلامة ابن الشلبى ، فهذه النقول تفيد الاتفاق عندنا على ثبوتها بعضل الأقرب للقاضى فقط . وأما مافى الخلاصة والبزازية من أنها تنتقل إلى الأبعد بعضل الأقرب إجماعا فالمراد بالأبعد القاضى لأنه آخر الأولياء فالتفضيل على بابه وحمله فى البحر على الأبعد من الأولياء ثم ناقض نفسه بعد سطرين بقوله قالوا وإذا خطبها كفء وعضلها الولى تثبت الولاية للقاضى نيابة عن العاضل فله التزويج وإن لم يكن فى منشوره اه . هذا خلاصة مافى الرسالة ثم ذكر فيها عن شرح المنظومة الوهبانية عن المنتقى ثبوت الخيار لها بالبلوغ إذا زوجها القاضى بعضل الأقرب ، وعن المجرد عدم ثبوته والأول على أن تزويجه بطريق الولاية والثانى على أنه بطريق النيابة عن العاضل ، رجحه الشرنبلالى دفعا للتعارض فى كلامهم .

قلت : ويؤيده مامر عن التسهيل ، وكذا قولهم فله التزويج وإن لم يكن فى منشوره ويجب حمل مافى المجرد على ما إذا كان العاضل الأب أو الجد لثبوت الخيار لها عند تزويج غيرهما فكذا عند تزويج القاضى نيابة عنه (قوله عند فوت الكفء) أى خوف فوته (قوله أى بامتناعه عن التزويج) أى من كفء بمهر المثل ، أما لو امتنع عن غير الكفء ، أو لكون المهر أقل من مهر المثل ، فليس بعاضل ط وإذا امتنع عن تزويجها من هذا الخاطب الكفء ليزوجها من كفء غيره استظهر فى البحر أنه يكون عاضلا قال ولم أره وتبعه المقدسى والشرنبلالى ، واعترضه الرملى بأن الولاية بالعضل تنتقل إلى القاضى نيابة لدفع الإضرار بها ولايوجد مع إرادة التزويج بكفء غيره اه .

قلت : وفيه نظر لأنه متى حضر الكفء الخاطب لاينتظر غيره خوفا من فوته ولذا تنتقل الولاية إلى الأبعد

إجماعا خلاصة (ولا يبطل تزويجه) السابق (بعود الأقرب) لحصوله بولاية تامة (وولى المجنونة) والمجنون ولو عارضا (فى النكاح) أما التصرف فى المال فالأب اتفاقا (ابنها) وإن سفل (دون أبيها) كما مر ، والأولى أن يأمر الأب به ليصح اتفاقا (ولو أقر ولى صغير أو صغيرة أو) أقر (وكيل رجل أو امرأة أو مولى لعبد النكاح لم ينفذ) لأنه إقرار على الغير بخلاف مولى الأمة حيث ينفذ إجماعا لأن منافع بضعها ملكه (إلا أن يشهد الشهود على النكاح) بأن ينصب القاضى خصما عن الصغير ، حتى ينكر فتقام البينة عليه (أو يدرك الصغير أو الصغيرة فيصدقه) أى الولى المقر (أو يصدق الموكل أو العبد) عند أبى حنيفة وقالا : يصدق فى ذلك

عند غيبة الأقرب كما مر . نعم لو كان الكفء لآخر حاضرا أيضا وامتنع الولى الأقرب من تزويجها من الكفء الأول لايكون عاضلا لأن الظاهر من شفقته على الصغيرة أنه اختار لها الأنفع لتفاوت الأكفاء أخلاقا وأوصافا فيتعين العمل بهذا التفصيل والله أعلم (قوله ولا يبطل تزويجه) يعنى تزويج الأبعد حال غيبة الأقرب . وكان الأولى ذكر هذه الجملة بعد قوله وللولى الأبعد التزويج بغيبة الأقرب ط (قوله السابق) أى المتحقق سبقه احترازا عما لو زوجها الغائب الأقرب قبل الحاضر الأبعد ، فإنه يلغو المتأخر وعما لو جهل التاريخ ، فإنه يبطل كل منهما بناء على بقاء ولاية الغائب ، أما على ماقدمناه من انقطاع ولايته فالعبرة لعقد الحاضر مطلقا (قوله وولى المجنونة والمجنون) أى جنونا مطبقا وهو شهر كما مر ، وتقدم أيضا أن المعتوه كذلك (قوله ولو عارضا) أى ولو كان جنونهما عارضا بعد البلوغ خلافا لزفر (قوله اتفاقا) أى بخلاف الولاية فى النكاح ففيها خلاف محمد ، فهى عنده للأب أيضا وعندهما للابن (قوله دون أبيها) أى أوجدها والمراد أنه إذا اجتمع فى المجنونة أبوها أو جدها مع ابنها ، فالولاية للابن عندهما دون الأب أو الجد كما فى الفتح وكذا الباقى العصبات تزويجها على الترتيب المار فيهم كما قدمناه عن الفتح (قوله ولو أقر الخ) قال الحاكم الشهيد فى الكافى الجامع لكتب ظاهر الرواية وإذا أقر الأب أوغيره من الأولياء على الصغير أو الصغيرة بالنكاح أمس لم يصدق على ذلك إلا بشهود أو تصديق منهما بعد الإدراك فى قول أبى حنيفة ، وكذلك إقرار المولى على عبده . وأما إقراره على أمته بمثل ذلك فجائز مقبول وقال أبو يوسف ومحمد : الإقرار من هؤلاء فى جميع ذلك جائز وكذلك إقرار الوكيل على موكله على هذا الاختلاف اه ونقل فى الفتح عن المصفى عن أستاذه الشيخ حميد الدين : أن الخلاف فيما إذا أقر الولى فى صغرهما ، وإليه أشار فى المبسوط وغيره قال : وهو الصحيح وقيل فيما إذا بلغا وأنكرا فأقر الولى ، أما لو أقر فى صغرهما يصح اتفاقا ، واستظهره فى الفتح وقد علمت أن الأول ظاهر الرواية وأنه الصحيح (قوله بخلاف مولى الأمة) أى إذا ادعى رجل نكاحها فأقر له مولاها يقضى به بلا بينة ، وتصديق درر أى لو عتقت لايحتاج إلى تصديقها ، ومقتضى تعليل الشارح أنه لايصح إقراره عليها بعد العتق (قوله بأن ينصب القاضى الخ) أى لأن الأب مقر ، والصغير لايصح إنكاره ولا بد فى الدعوى من خصم فينصب عنه خصما حتى ينكر فتقام عليه البينة ، فيثبت النكاح على الصغير أفاده فى الفتح (قوله أى الولى المقر) بالنصب تفسيرا للضمير المنصوب (قوله أو يصدق) بالنصب عطفا على يدرك ، وقوله الموكل أو العبد مرفوعان على الفاعلية والمفعول محذوف أى يصدق الموكل الوكيل أو العبد المولى (قوله وقالا يصدق فى ذلك) أى يصدق المقر فى جميع فروع هذه المسألة السابقة مثل إقرار المولى على أمته كما سمعت التصريح به فى عبارة الكافى ومثله فى البدائع فافهم (قوله وهذه المسألة) أى مسألة عدم قبول الإقرار من ولى الصغير أو الصغيرة ، ومن الوكيل ومولى العبد مخرجة أى مستثناة على قول الإمام من قاعدة من ملك إنشاء عقد ملك الإقرار به كالمولى إذا أقر بالفىء فى مدة الإيلاء وزوج المعتدة إذا قال فى العدة راجعتك ، وهو وجه قولهما

وهذه المسألة مخرجة من قولهم من ملك الانشاء ملك الاقرار به ولها نظائر .

[فرع] هل لولى مجنون ومعتوه تزويجه أكثر من واحدة ؟ لم أره ومنعه الشافعى وجوّزه في الصبي للحاجة .

باب الكفاءة

من كافأه إذا ساواه والمراد هنا مساواة مخصوصة أو كون المرأة أدنى (الكفاءة معتبرة) فى ابتداء النكاح للزومه أو لصحته (من جانبه) أى الرجل لأن الشريفة تأبى أن تكون فراشا للدنىء ولذا (لا) تعتبر (من جانبها) لأن

بالقبول هنا كما فى إقراره بتزويج أمته ، ووجه قول الإمام حديث : « لا نكاح إلا بشهود » وأنه إقرار على الغير فيما لا يملكه ، وتمامه فى البدائع وعلى ما استظهره فى الفتح فى مسألة الصغيرين . فهى داخلة فى مفهوم القاعدة على قول الإمام لأنه لا يملك الإنشاء حال بلوغهما فلا يملك الإقرار ، وعلى قولهما تكون خارجة عن القاعدة (قوله ملك الإقرار به) الأولى حذف به لعدم مرجع الضمير وإن علم من المقام لأن المعنى من ملك إنشاء شيء ملك الإقرار به ط (قوله ولها نظائر) كاقرار الوصى بالاستدانة على اليتيم لايصح ، وإن ملك إنشاء الاستدانة بحر عن المبسوط ، وكما لو وكله بعتق عبد بعينه فقال الوكيل : أعتقته أمس وقد وكله قبل الأمس لايصدق بلا بينة ، وتمامه فى حواشى الأشباه للحموى من الإقرار (قوله هل لولى مجنون الخ) البحث لصاحب النهر ، والظاهر أن الصبى فى حكم من ذكر ط (قوله ومنعه الشافعى) لاندفاع الضرورة بالواحدة نهر (قوله وجوّزه) أى تزويج أكثر من واحدة .

باب الكفاءة

لما كانت شرط اللزوم على الولى إذا عقدت المرأة بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها ، كانت فرع وجود الولى ، وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الأولياء ومن تثبت له ثم أعقبه فصل الكفاءة فتح (قوله أو كون المرأة أدنى) اعترضه الخير الرملى بما ملخصه أن كون المرأة أدنى ليس بكفاءة غير أن الكفاءة من جانب المرأة غير معتبرة (قوله الكفاءة معتبرة) قالوا معناه معتبرة فى اللزوم على الأولياء حتى أن عند عدمها جاز للولى الفسخ اه فتح وهذا بناء على ظاهر الرواية من أن العقد صحيح ، وللولى الاعتراض ، أما على رواية الحسن المختارة للفتوى من أنه لايصح . فالمعنى معتبرة فى الصحة . وكذا لو كانت الزوجة صغيرة ، والعاقد غير الأب والجد ، فقدمر أن العقد لايصح (قوله فى ابتداء النكاح) يغنى عنه قول المصنف الآتى : واعتبارها عند ابتداء العقد الخ وكأنه أشار إلى أن الأولى ذكره هنا (قوله للزومه أو لصحته) الأول بناء على ظاهر الرواية ، والثانى على رواية الحسن ، وقدمنا أول الباب السابق اختلاف الافتاء فيهما ، وأن رواية الحسن أحوط (قوله من جانبه الخ) أى يعتبر أن يكون الرجل مكافئا لها فى الأوصاف الآتية بأن لايكون دونها فيها ، ولا تعتبر من جانبها بأن تكون مكافئة له فيها بل يجوز أن تكون دونه فيها (قوله ولذا لا تعتبر) تعليل للمفهوم ، وهو أن الشريف لا يأبى أن يكون مستفرشا للدنيئة كالأمة والكتابية لأن ذلك لايعد عارا فى حقه بل فى حقها لأن النكاح رق للمرأة والزوج مالك .

[تنبيه] تقدم أن غير الأب والجد لو زوج الصغير أو الصغيرة غير كفء لايصح ، ومقتضاه أن الكفاءة للزوج معتبرة أيضا وقدمنا أن هذا فى الزوج الصغير لأن ذلك ضرر عليه فما هنا محمول على الكبير ، ويشير إليه ماقدمناه آنفا عن الفتح من أن معنى اعتبار الكفاءة اعتبارها فى اللزوم على الأولياء الخ .

فإن حاصله : أن المرأة إذا زوجت نفسها من كفء لزم على الأولياء وإن زوجت من غير كفء لا يلزم

الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش وهذا عند الكل فى الصحيح ، كما فى الخبازية لكن فى الظهيرية وغيرها هذا عنده وعندهما تعتبر فى جانبها أيضا (و) الكفاءة (هى حق الولى لاحقها) فلو نكحت رجلا ولم تعلم حاله فإذا هو عبد لاخيار لها بل للأولياء ولو زوجوها برضاها ولم يعلموا بعدم الكفاءة ثم علموا لاخيار لأحد إلا إذا

أو لايصح بخلاف جانب الرجل فإنه إذا تزوج بنفسه مكافئة له أولا فإنه صحيح لازم . وقال القهستانى : الكفاءة لغة : المساواة وشرعا : مساواة الرجل للمرأة فى الأمور الآتية وفيه إشعار بأن نكاح الشريف الوضيعة لازم فلا اعتراض للولى بخلاف العكس اه فقد أفاد أن لزومه فى جانب الزوج إذا زوج نفسه كبيرا لا إذا زوجه الولى صغيرا ، كما أن الكلام فى الزوجة إذا زوجت نفسها كبيرة فثبت اعتبار الكفاءة من الجانبين فى الصغيرين عندعدم الأب والجد كما حررناه فيما تقدم والله تعالى أعلم (قوله لكن فى الظهيرية الخ) لاوجه للاستدراك بعد ذكره الصحيح فإنه حيث ذكر القولين كان حق التركيب تقديم الضعيف والاستدراك عليه بالصحيح ، كما فعل فى البحر وذكر أن مافى الظهيرية غريب ورده أيضا فى البدائع كما بسطه فى النهر (قوله هى حق الولى لاحقها) كذا قال فى البحر ، واستشهد له بما ذكره الشارح عن الولوالجية وفيه نظر بل هى حق لها أيضا بدليل أن الولى لو زوج الصغيرة غير كفء لايصح ، مالم يكن أبا أوجدا غير ظاهر الفسق ولما فى الذخيرة قبيل الفصل السادس ، من أن الحق فى إتمام مهر المثل عند أبى حنيفة للمرأة وللأولياء حق الكفاءة وعندهما للمرأة لاغير اه . وظاهر قوله كحق الكفاءة الاتفاق ، على أنه حق لكل منهما وكذا ما فى البحر عن الظهيرية ، لو انتسب الزوج لها نسبا غير نسبه ، فإن ظهر دونه وهو ليس بكفء فحق الفسخ ثابت للكل وإن كان كفؤا فحق الفسخ لها دون الأولياء ، وإن كان ماظهر فوق ما أخبر فلا فسخ لأحد وعن الثانى أن لها الفسخ لأنها عسى تعجز عن المقام معه اه ومن هذا القبيل ماسيذكره الشارح قبيل باب العدة لو تزوجته على أنه حر أو سنى أو قادر على المهر والنفقة فبان بخلافه أو على أنه فلان ابن فلان فإذا هو لقيط أو ابن زنا لها الخيار اه . ويأتى تمام الكلام على ذلك هناك زاد فى البدائع على مامر عن الظهيرية ، وإن فعلت المرأة ذلك فتزوجها ، ثم ظهر بخلاف ما أظهرت فلا خيار للزوج ، سواء تبين أنها حرة أو أمة لأن الكفاءة فى جانب النساء غير معتبرة اه وقد يجاب بأن الكلام كما مر فيما إذا زوجت نفسها بلا إذن الولى وحينئذ لم يبق لها حق فى الكفاءة لرضاها باسقاطها فبقى الحق للولى فقط فله الفسخ (قوله فلو نكحت الخ) تفريع على قوله : لا حقها وفيه أن التقصير جاء من قبلها حيث لم تبحث عن حاله كما جاء من قبلها وقبل الأولياء فيما لو زوجوها برضاها ، ولم يعلموا بعدم الكفاءة ، ثم علموا رحمتى وفى كلام الولوالجية مايفيده كما يأتى قريبا وعلى ماذكرناه من الجواب فالتفريع صحيح ، لأن سقوط حقها إذا رضيت ولو من وجه وهنا كذلك ولذالو شرطت الكفاءة بقى حقها (قوله لاخيار لأحد) هذا فى الكبيرة(١) كما هو فرض المسألة بدليل قوله : نكحت رجلا وقوله : برضا فلا يخالف ماقدمناه فى الباب المار عن النوازل لو زوج بنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر ، فإذا هو مدمن له وقالت بعد ماكبرت : لا أرضى بالنكاح إن لم يكن يعرفه الأب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفء اه خلافا لما ظنه المقدسى من إثبات المخالفة بينهما كما نبه عليه الخير الرملى .

قلت : ولعل وجه الفرق أن الأب يصح تزويجه الصغيرة من غير الكفء لمزيد شفقته وأنه إنما فوت الكفاءة لمصلحة تزيد عليها وهذا إنما يصح إذا علمه غير كفء ، أما إذا لم يعلمه فلم يظهر منه أنه زوجها للمصلحة المذكورة

---

(١) (قوله هذا فى الكبيرة الخ) محل هذا الكلام على قول الشارح كان لهم الخيار وما كتبه المحشى هناك هذا محله اه

شرطوا الكفاءة أو أخبرهم بها وقت العقد فزوجوها على ذلك ثم ظهر أنه غير كفء كان لهم الخيار ولوالجية فليحفظ :

(وتعتبر) الكفاءة للزوم النكاح خلافا لمالك (نسبا فقريش) بعضهم (أكفاء) بعض (و) بقية (العرب) بعضهم (أكفاء) بعض واستثنى فى الملتقى تبعا للهداية بنى باهلة

كما إذا كان الأب ماجنا أو سكران ، لكن كان الظاهر أن يقال لايصح العقد أصلا كما فى الأب الماجن والسكران مع أن المصرح به أن لها إبطاله بعد البلوغ وهو فرع صحته فليتأمل (قوله كان لهم الخيار) لأنه إذا لم يشترط الكفاءة كان عدم الرضا بعدم الكفاءة من الولى ، ومنها ثابتا من وجه دون وجه لما ذكرنا أن حال الزوج محتمل بين أن يكون كفؤا وأن لايكون . والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة حال عدم الرضا بعدم الكفاءة من كل وجه فلا يثبت حال وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه بحر عن الولوالجية (قوله للزوم النكاح)أى على ظاهر الرواية ولصحته على رواية الحسن المختارة للفتوى (قوله خلافا لمالك)فى اعتبار الكفاءة خلاف مالك والثورى والكرخى من مشايخنا ، كذا فى فتح القدير ، فكان الأولى ذكر الكرخى وفى حاشية الدرر للعلامة نوح أن الإمام أبا الحسن الكرخى ، والإمام أبا بكر الجصاص وهما من كبار علماء العراق ، ومن تبعهما من مشايخ العراق لم يعتبروا الكفاءة فى النكاح ، ولو لم تثبت عندهم هذه الرواية عن أبى حنيفة لما اختاروها وذهب جمهور مشايخنا إلى أنها معتبرة فيه ولقاضى القضاة سراج الدين الهندى مؤلف مستقل فى الكفاءة ذكر فيه القولين على التفصيل وبين الكل منهما من السند والدليل اه (قوله نسبا) أى من جهة النسب ونظم العلامة الحموى ما تعتبر فيه الكفاءة فقال :

إن الكفاءة فى النكاح تكون فى　　　ست لها بيت بديع قد ضبط
نسب وإسلام كذلك حرفة　　　حرية وديانة مال فقط

قلت : وفى الفتاوى الحامدية عن واقعات قدرى أفندى عن القاعدية غير الأب والجد من الأولياء لو زوج الصغيرة من عنين معروف لم يجز لأن القدرة على الجماع شرط الكفاءة كالقدرة على المهر والنفقة بل أولى اه وأما الكبيرة فسنذكر عن البحر أنه لو زوجها الوكيل غنيا مجبوبا جاز وإن كان لها التفريق بعد (قوله فقريش الخ) القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه ، ومن لم ينتسب إلا لأب فوقه فهو عربى غير قرشى والنضر هو الجد الثانى عشر للنبى صلى الله عليه وسلم ، فإنه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصى ابن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس ابن مضر بن نزار بن معدّ بن عدنان ، على هذا اقتصر البخارى والخلفاء الأربعة كلهم من قريش وتمامه فى البحر (قوله بعضهم أكفاء بعض) أشار به إلى أنه لا تفاضل فيما بينهم من الهاشمى ، والنوفلى والتيمى والعدوى وغيرهم ، ولهذا زوج على وهو هاشمى أم كلثوم بنت فاطمة لعمر وهو عدوى قهستانى فلو تزوجت هاشمية قرشيا غير هاشمى لم يرد عقدها وإن تزوجت عربيا غير قرشى لهم رده كتزويج العربية عجميا بحر وقوله لم يرد عقدها ذكر مثله فى التبيين ، وكثير من شروح الكنز والهداية ، وغالب المعتبرات فقوله فى الفيض القرشى لايكون كفؤا للهاشمى كلمة لافيه من تحريف النساخ رملى (قوله وبقية العرب أكفاء) العرب صنفان : عرب عاربة : وهم أولاد قحطان ومستعربة : وهم أولاد إسمعيل ، والعجم أولاد فروخ أخى إسمعيل ، وهم الموالى والعتقاء والمراد بهم غير العرب وإن لم يمسهم رق سموا بذلك إما لأن العرب لما افتتحت بلادهم وتركتهم أحرارا بعد أن كان لهؤلاء الاسترقاق ، فكأنهم أعتقوهم ، أو لأنهم نصروا العرب على قتل الكفار والناصر يسمى مولى نهر (قوله بنى باهلة) قال فى البحر :

لحستهم والحق الاطلاق قاله المصنف كالبحر والنهر والفتح والشرنبلالية ويعضده إطلاق المصنفين كالكنز والدرر وهذا فى العرب (و) أما فى العجم فتعتبر (حرية وإسلاما) فمسلم بنفسه أو معتق غير كفء لمن أبوها مسلم أو حر أو معتق وأمها حرة الأصل ومن أبوه مسلم أو حر غير كفء لذات أبوين (وأبوان فيهما كالآباء) لتمام النسب

باهلة فى الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس عيلان فنسب ولده إليها وهم معروفون بالخساسة قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا يأخذون عظام الميتة يطحنونها(١) ويأخذون دسومتها ولذا قيل :

ولا ينفع الأصل من هاشم ... إذا كانت النفس من باهله

وقيل : إذا قيل للكلب ياباهلى ... عوى الكلب من شؤم هذا النسب

(قوله والحق الإطلاق) فإن النص لم يفصل مع أنه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق ، وليس كل باهلى كذلك بل فيهم الأجواد وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسرى فى حق الكل فتح (قوله ويعضده) أى يقويه .

قلت : يعضده أيضا إطلاق محمد فى كافى الحاكم قريش بعضها أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، وليسوا بأكفاء لقريش ومن كان له من الموالى أبوان أو ثلاثة فى الإسلام فبعضهم أكفاء لبعض وليسوا بأكفاء للعرب اهـ .

والحاصل : أنه كما لا يعتبر التفاوت فى قريش حتى أن أفضلهم بنى هاشم أكفاء لغيرهم منهم ، فكذلك فى بقية العرب بلا استثناء ويؤخذ من هذا أن من كانت أمها علوية مثلا وأبوها عجمى يكون العجمى كفؤا لها ، وإن كان لها شرف ما لأن النسب للآباء ولهذا جاز دفع الزكاة إليها فلا يعتبر التفاوت بينهما من جهة شرف الأم ولم أر من صرح بهذا والله أعلم (قوله وهذا فى العرب) أى اعتبار النسب إنما يكون فى العرب فلا يعتبر فيهم الإسلام كما فى المحيط والنهاية وغيرهما ولا الديانة كما فى النظم ولا الحرفة كما فى المضمرات ، لأن العرب لا يتخذون هذه الصنائع حرفا ، وأما الباقى أى الحرية والمال فالظاهر من عباراتهم أنه معتبر قهستانى لكن فيه كلام ستعرفه فى مواضعه (قوله وأما فى العجم) المراد بهم من لم ينتسب إلى إحدى قبائل العرب ، ويسمون الموالى والعتقاء كما مر وعامة أهل الأمصار والقرى فى زماننا منهم ، سواء تكلموا بالعربية أو غيرها إلا من كان له منهم نسب معروف كالمنتسبين إلى أحد الخلفاء الأربعة أو إلى الأنصار ونحوهم (قوله فتعتبر حرية وإسلاما) أفاد أن الإسلام لا يكون معتبرا فى حق العرب كما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحباه لأنهم لا يتفاخرون به ، وإنما يتفاخرون بالنسب فعربى له أب كافر يكون كفؤا لعربية لها آباء فى الإسلام ، وأما الحرية فهى لازمة للعرب لأنه لا يجوز استرقاقهم نعم الإسلام معتبر فى العرب بالنظر إلى نفس الزوج لا إلى أبيه وجده ، فعلى هذا فالنسب معتبر فى العرب فقط وإسلام الأب والجد فى العجم فقط والحرية فى العرب والعجم وكذا إسلام نفس الزوج هذا حاصل مافى البحر (قوله لمن أبوها مسلم) راجع إلى قوله مسلم بنفسه ح (قوله أو حر أو معتق) كل منهما راجع لقوله أو معتق ح (قوله وأمها حرة الأصل) لأن الزوج المعتق فيه أثر الرق وهو الولاء والمرأة لما كانت أمها حرة الأصل ، كانت هى حرة الأصل بحر عن التجنيس ، أما لو كانت أمها رقيقة فهى تبع لأمها فى الرق فيكون المعتق كفؤا لها بخلاف ما لو كانت أمها معتقة لأن لها أبا فى الحرية لقوله فى البحر والحرية نظير الإسلام أفاده ط (قوله لذات أبوين) أى فى الإسلام والحرية ط (قوله وأبوان فيهما كالآباء) أى فمن له أب وجد فى الإسلام أو الحرية كفء لمن له آباء

---

(١) قوله (يطحنونها) كذا بخط المؤلف والذى فى كتب اللغة يطبخونها قاله نصر

بالجد ، وفى الفتح ولا يبعد مكافأة مسلم بنفسه لمعتق بنفسه وأما معتق الوضيع ، فلا يكافىء معتقة الشريف . وأما مرتد أسلم فكفء لمن لم يرتد ، وأما الكفاءة بين الذميين فلا تعتبر إلا لفتنة (و) تعتبر فى العرب والعجم (ديانة)

قال فى فتح القدير : وألحق أبو يوسف الواحد بالمثنى كما هو مذهبه فى التعريف أى فى الشهادات والدعوى قيل كان أبو يوسف إنما قال ذلك فى موضع لايعد كفر الجد عيبا بعد أن كان الأب مسلما وهما قالاه فى موضع يعد عيبا ، والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعا إن ذلك ليس عيبا فى حق العرب لأنهم لايعيرون فى ذلك ، وهذا حسن وبه ينتفى الخلاف اه وتبعه فى النهر (قوله ولا يبعد الخ) ظاهره أنه قاله تفقها ، وقد رأيته فى الذخيرة ونصه ذكر ابن سماعة فى الرجل يسلم والمرأة معتقة أنه كفء لها اه .

ووجهه : أنه إذا أسلم وهو حر وعتقت وهى مسلمة يكون فيه أثر الكفر وفيها أثر الرق وهما منتقصان وفيه شرف حرية الأصل وفيها شرف إسلام الأصل وهما مكملان فتساويا بقى مالوكان بالعكس بأن أسلمت المرأة وعتق الرجل فالظاهر أن الحكم كذلك بشرط أن لايكون إسلامه طارئا وإلا ففيه أثر الكفر ، وأثر الرق معا فلا يكون كفؤا لمن فيها أثر الكفر فقط تأمل (قوله وأما معتق الوضيع الخ) عزاه فى البحر إلى المجتبى ومثله فى البدائع قال حتى لايكون مولى العرب كفؤا لمولاة بنى هاشم حتى لو زوجت مولاة بنى هاشم نفسها من مولى العرب كان لمعتقها حق الاعتراض ، لأن الولاء بمنزلة النسب قال النبى صلى الله عليه وسلم «الولاء لحمة كلحمة النسب» اه ومثله فى الذخيرة وذكر الشارح فى كتاب الولاء الكفاءة تعتبر فى ولاء العتاقة فمعتقة التاجر كفء لمعتق العطار دون الدباغ اه ويشكل عليه ماذكره فى البدائع أيضا قبل ماقدمناه ، حيث قال : وموالى العرب أكفاء لموالى قريش لعموم قوله صلى الله عليه وسلم والموالى بعضهم أكفاء لبعض اه فتأمل .

[تنبيه] مولى الموالاة لايكافىء مولاة العتاقة قال فى الذخيرة : روى المعلى عن أبى يوسف أن من أسلم على يدى إنسان لايكون كفؤا لموالى العتاقة وفى شرح الطحاوى : معتقة أشرف القوم تكون كفؤا للموالى لأن لها شرف الولاء وللموالى شرف إسلام الآباء اه (قوله وأما مرتد أسلم الخ) نقله فى البحر عن القنية ، وسكت عليه وكأنه محمول على مرتد لم يطل زمن ردته ولذا لم يقيده باللحاق بدار الحرب ، لأن المرتد فى دار الإسلام يقتل إن لم يسلم ، أما من ارتد وطال زمن ردته حتى اشتهر بذلك ولحق أولا ثم أسلم فينبغى أن لايكون كفؤا لمن لم ترتد فإن العار الذى يلحقها بهذا أعظم من العار بكافر أصلى أسلم بنفسه فليتأمل (قوله إلا لفتنة) أى لدفعها قال فى الفتح عن الأصل إلا أن يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فإنه يفرق بينهم لالعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضى مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين اه (قوله وتعتبر فى العرب والعجم الخ) قال فى البحر وظاهر كلامهم أن التقوى معتبرة فى حق العرب والعجم ، فلا يكون العربى الفاسق كفؤا لصالحة عربية كانت أو عجمية اه قال فى النهر : وصرح بهذا فى إيضاح الإصلاح على أنه المذهب اه . وذكر فى البحر أيضا أن ظاهر كلامهم اعتبار الكفاءة مالا فيهما أيضا .

قلت وكذا حرفة كما يظهر مما نذكره عن البدائع (قوله ديانة) أى عندهما وهو الصحيح وقال محمد لاتعتبر إلا إذا كان يصفع ويسخر منه ، أو يخرج إلى الأسواق سكران ، ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به هداية ، ونقل فى الفتح عن المحيط : أن الفتوى على قول محمد لكن الذى فى التاترخانية عن المحيط قيل وعليه الفتوى ، وكذا فى المقدسى عن المحيط البرهانى ومثله فى الذخيرة قال فى البحر : وهو موافق لما صححه فى المبسوط وتصحيح

أى تقوى فليس فاسق كفؤا لصالحة أوفاسقة بنت صالح معلنا كان أولا

الهداية معارض له فالإفتاء بما فى المتون أولى اه (قوله فليس فاسق الخ) اعلم أنه قال فى البحر : ووقع لى تردد فيما إذا كانت صالحة دون أبيها أوكان أبوها صالحا دونها هل يكون الفاسق كفؤا لها أولا : فظاهرها كلام الشارحين أن العبرة لصلاح أبيها وجدها ، فإنهم قالوا لايكون الفاسق كفؤا لبنت الصالحين ، واعتبر فى المجمع صلاحها فقال : فلا يكون الفاسق كفؤا للصالحة وفى الخانية لايكون الفاسق كفؤا للصالحة بنت الصالحين فاعتبر صلاح الكل . والظاهر أن الصلاح منها أو من آبائها كاف لعدم كون الفاسق كفؤا لها ولم أره صريحا اه ونازعه فى النهر بأن قول الخانية أيضا إذا كان الفاسق محترما معظما عند الناس كأعوان السلطان يكون كفؤا لبنات الصالحين ، وقال بعض مشايخ بلخ لايكون معلنا كان أولا وهو اختيار ابن الفضل اه يقتضى اعتبار الصلاح من حيث الآباء فقط وهذا هو الظاهر وحينئذ فلا اعتبار بفسقها اه أى إذا كانت فاسقة بنت صالح لايكون الفاسق كفؤا لها ، لأن العبرة لصلاح الأب ، فلا يعتبر فسقها ، ويؤيده أن الكفاءة حق الأولياء إذا أسقطتها هى ، لأن الصالح يعير بمصاهرة الفاسق ، لكن مانقله فى البحر عن الخانية يقتضى اعتبار صلاحها أيضا كما مر ، وحينئذ فيمكن حمل كلام الخانية الثانى عليه بناء على أن بنت الصالح صالحة غالبا قال فى الحواشى اليعقوبية قوله فليس فاسق كفء بنت صالح فيه كلام ، وهو أن بنت الصالح يحتمل أن تكون فاسقة فيكون كفؤا كما صرحوا به ، والأولى مافى المجمع وهو أن الفاسق ليس كفؤا للصالحة إلا أن يقال الغالب أن بنت الصالح صالحة وكلام المصنف بناء على الغالب اه . ومثله قول القهستانى أى وهى صالحة وإنما لم يذكر لأن الغالب أن تكون البنت صالحة بصلاحه اه وكذا قال المقدسى .

قلت : اقتصارهم بناء على أن صلاحها يعرف بصلاحهم ، لخفاء حال المرأة غالبا لاسيما الأبكار والصغائر اه وفى الذخيرة ذكر شيخ الإسلام أن الفاسق لايكون كفؤا للعدل عند أبى حنيفة ، وعن أبى يوسف ومحمد أن الذى يسكر إن كان يسر ذلك ولا يخرج سكران كان كفؤا لامرأة صالحة من أهل البيوتات ، وإن كان يعلن ذلك فلاقيل وعليه الفتوى اه .

قلت : والحاصل : أن المفهوم من كلامهم اعتبار صلاح الكل ، وإن من اقتصر على صلاحها أو صلاح آبائها نظر إلى الغالب من أن صلاح الولد والوالد متلازمان ، فعلى هذا فالفاسق لايكون كفؤا لصالحة بنت صالح بل يكون كفؤا لفاسقة بنت فاسق ، وكذا لفاسقة بنت صالح كما نقله فى اليعقوبية ، فليس لأبيها حق الاعتراض لأن ما يلحقه من العار ببنته أكثر من العار بصهره . وأما إذا كانت صالحة بنت فاسق فزوجت نفسها من فاسق فليس لأبيها حق الاعتراض ، لأنه مثله وهى قد رضيت به ، وأما إذا كانت صغيرة فزوجها أبوها من فاسق فإن كان عالما بفسقه صح العقد ، ولا خيار لها إذا كبرت لأن الأب له ذلك مالم يكن ماجنا كما مر فى الباب السابق ، وأما إذا كان الأب صالحا وظن الزوج صالحا فلا يصح . قال فى البزازية : زوج بنته من رجل ظنه مصلحا لايشرب مسكرا فإذا هو مدمن فقالت بعد الكبر : لا أرضى بالنكاح إن لم يكن أبوها يشرب المسكر ، ولا عرف به وغلبة أهل بيتها مصلحون فالنكاح باطل بالاتفاق اه فاغتنم هذا التحرير فإنه مفرد (قوله بنت صالح) نعت لكل من قوله صالحة وفاسقة وأفرده للعطف بأو فرجع إلى أن المعتبر صلاح الآباء فقط وأنه لاعبرة بفسقها بعد كونها من بنات الصالحين ، وهذا هو الذى نقلناه عن النهر فافهم . نعم هو خلاف مانقلناه عن اليعقوبية (قوله معلنا كان أو لا) أما إذا كان معلنا فظاهر وأما غير المعلن فهو بأن يشهد عليه أنه فعل كذا من المفسقات وهو لايجهر به

على الظاهر نهر (ومالا) بأن يقدر على المعجل ونفقة شهر لو غير محترف ، وإلا فإن كان يكتسب كل يوم كنفايتها لو تطيق الجماع (وحرفة) فمثل حائك غير كفء لمثل خياط ولاخياط لبزاز وتاجر ولاهما لعالم وقاض،

فيفرق بينهما بطلب الأولياء ط (قوله على الظاهر) هذا استظهار من صاحب النهر لا كما يتوهم من أنه ظاهر الرواية فإنه قد صرح فى الخانية عن السرخسى بأنه لم ينقل عن أبى حنيفة فى ظاهر الرواية فى هذا شىء والصحيح عنده أن الفسق لايمنع الكفاءة اه وقدمنا أن تصحيح الهداية معارض لهذا التصحيح (قوله ومالا) أى فى حق العربى والعجمى كما مر عن البحر ، لأن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة وخصوصا فى زماننا هذا بدائع (قوله بأن يقدر على المعجل الخ) أى على ما تعارفوا تعجيله من المهر ، وإن كان كله حالا فتح فلا تشترط القدرة على الكل ، ولا أن يساويها فى الغنى فى ظاهر الرواية وهو الصحيح زيلعى، ولو صبيا فهو غنى بغنى أبيه أو أمه أو جده كما يأتى وشمل مالو كان عليه دين بقدر المهر ، فإنه كفء لأن له أن يقضى أى الدينين شاء كما فى الولوالجية ومالوكانت فقيرة بنت فقراء كما صرح به فى الواقعات معللا بأن المهر والنفقة عليه فيعتبر هذا الوصف فى حقه ومالو كان ذا جاه كالسلطان والعالم قال الزيلعى: وقيل يكون كفؤا وإن لم يملك إلا النفقة لأن الخلل ينجبر به ومن ثم قالوا الفقيه العجمى كفء للعربى الجاهل (قوله ونفقة شهر) صححه فى التجنيس وصحح فى المجتبى الاكتفاء بالقدرة عليها بالكسب فقد اختلف التصحيح واستظهر فى البحر الثانى ووفق فى النهر بينهما بما ذكره الشارح وقال إنه أشار إليه فى الخانية (قوله لو تطيق الجماع) فلو صغيرة لاتطيقه فهو كفء وإن لم يقدر على النفقة لأنه لانفقة لها فتح ومثله فى الذخيرة (قوله وحرفة) ذكر الكرخى أن الكفاءة فيها معتبرة عند أبى يوسف وأن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لايقصدون بها الحرف ، فلا يعيرون بها وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد وأنهم يتخذون ذلك حرفة ، فيعيرون بالدنى منها فلا يكون بينهما خلاف فى الحقيقة بدائع فعلى هذا لوكان من العرب من أهل البلاد من يحترف بنفسه تعتبر فيهم الكفاءة فيها وحينئذ فتكون معتبرة بين العرب والعجم (قوله فمثل حائك الخ) قال فى الملتقى وشرحه : فحائك أو حجام أو كناس أو دباغ أوحلاق أوبيطار أو حداد أو صفار غير كفء لسائر الحرف كعطار أوبزاز أوصواف وفيه إشارة إلى أن الحرف جنسان ليس أحدهما كفؤا للآخر. لكن أفراد كل منها كفء لجنسها وبه يفتى زاهدى اه أى إن الحرف إذا تباعدت لايكون أفراد إحداها كفؤا لأفراد الأخرى ، بل أفراد كل واحدة أكفاء بعضهم لبعض ، وأفاد كما فى البحر أنه لايلزم اتحادهما فى الحرفة ، بل التقارب كاف فالحائك كفء لحجام والدباغ كفء لكناس ، والصفار كفء لحداد والعطار كفء لبزاز قال الحلوانى : وعليه الفتوى .

وفى الفتح : أن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه وعلى هذا ينبغى أن يكون الحائك كفؤا للعطار بالإسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا البتة اللهم إلا أن يقترن بها خساسة غيرها اه . فأفاد أن الحرف إذا تقاربت أو اتحدت يجب اعتبار التكافؤ من بقية الجهات فالعطار العجمى غير كفء لعطار أو بزاز عربى أو عالم تقى النظر فى نحو دباغ أو حلاق عربى ، هل يكون كفؤا لعطار أو بزاز عجمى .

والذى يظهر لى أن شرف النسب أو العلم يجبر نقص الحرفة بل يفوق سائر الحرف ، فلا يكون نحو العطار العجمى الجاهل كفؤا لنحو حلاق عربى أو عالم ويؤيده مافى الفتح أنه روى عن أبى يوسف أن الذى أسلم بنفسه أو عتق إذا أحرز من الفضائل مايقابل نسب الآخر كان كفؤا له اه فليتأمل (قوله لبزاز) قال فى القاموس البز الثياب أو متاع البيت من الثياب ونحوها وبائعه البزاز وحرفته البزازة اه ط (قوله ولاهما لعالم وقاض) قال فى النهر وفى البناية عن الغاية

وأما أتباع الظلمة فأخس من الكل وأما الوظائف فمن الحرف فصاحبها كفء للتاجر لو غير دنيئة كبوابة وذو تدريس أو نظر كفء لبنت الأمير بمصر بحر (و) الكفاءة

الكناس والحجام والدباغ والحارس والسائس والراعي والقيم أي البلان في الحمام ليس كفؤا لبنت الخياط ولا الخياط لبنت البزاز والتاجر ولا هما لبنت عالم وقاض والحائك ليس كفؤا لبنت الدهقان وإن كانت فقيرة وقيل هو كفء اه وقد غلب اسم الدهقان على ذى العقار الكثير كما في المغرب اه .

قلت : والظاهر أن نحو الخياط إذا كان أستاذا يتقبل الأعمال وله أجراء يعملون له يكون كفؤا لبنت البزاز والتاجر في زماننا كما يعلم من كلام الفتح المار إذ لا يعد في العرف ذلك نقصا تأمل . وما في شرح الملتقى عن الكافي من أن الخفاف ليس بكفء للبزاز والعطار فالظاهر أن المراد به من يعمل الأخفاف أو النعال بيده أما لو كان أستاذا له أجراء أو يشتريها مخيطة ويبيعها في حانوته فليس في زماننا أنقص من البزاز والعطار قال ط : وأطلقوا في العالم والقاضي ولم يقيدوا العالم بذى العمل ، ولا القاضي بمن لا يقبل الرشوة والظاهر التقييد ، لأن القاضي حينئذ ظالم ونحوه العالم غير العامل وليحرر اه .

قلت : لعلهم أطلقوا ذلك لعلمه من ذكرهم الكفاءة في الديانة ، فالظاهر حينئذ أن العالم والقاضي الفاسقين لا يكونان كفأين لصالحة بنت صالحين لأن شرف الصلاح فوق شرف العلم والقضاء مع الفسق (قوله فأخس من الكل) أي وإن كان ذا مروءة وأموال كثيرة لأنه من آكلي دماء الناس وأموالهم كما في المحيط نعم بعضهم أكفاء بعض شرح الملتقى وفي النهر عن البناية في مصر جنس هو أخس من كل جنس وهم الطائفة الذين يسمون بالسراباتية اه .

قلت : مفهوم التقييد بالإتباع أن المتبوع كأمير وسلطان ليس كذلك لأنه أشرف من التاجر عرفا كما يفيده ما يأتي في الشارح عن البحر وقد علمت أن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه فعلى هذا من كان أميرا أو تابعا له وكان ذا مال ومروءة وحشمة بين الناس لا شك أن المرأة لا تتعير به في العرف كتعيرها بدباغ وحائك ونحوهما فضلا عن سراباتي ينزل كل يوم إلى الكنيف ، وينقل نجاسته في بيت مسلم وكافر ، وإن كان قاصدا بذلك تنظيف الناس أو المساجد من النجاسات وكان الأمير أو تابعه آكلا أموال الناس لأن المدار هنا على النقص والرفعة في الدنيا ولهذا لما قال محمد : لا تعتبر الكفاءة في الديانة لأنها من أحكام الآخرة ، فلا تبنى عليها أحكام الدنيا قالوا في الجواب عنه إن المعتبر في كل موضع ما اقتضاه الدليل من البناء على أحكام الآخرة وعدمه ، بل اعتبار الديانة مبني على أمر دنيوي وهو تعيير بنت الصالحين بفسق الزوج .

قلت : ولعل ما تقدم عن المحيط من أن تابع الظالم أخس من الكل كان في زمنهم الذى الغالب فيه التفاخر بالدين والتقوى ، دون زماننا الغالب فيه التفاخر بالدنيا فافهم والله أعلم (قوله وأما الوظائف) أي في الأوقاف بحر (قوله فمن الحرف) لأنها صارت طريقا للاكتساب في مصر كالصنائع بحر (قوله لو غير دنيئة) أي عرفا كبوابة وسواقة وفراشة ووقادة بحر (قوله فذو تدريس) أي في علم شرعي (قوله أو نظر) هو بحث لصاحب البحر ، لكنه الآن ليس بشريف ، بل هو كآحاد الناس وقد يكون عتيقا زنجيا وربما أكل مال الوقف وصرفه في المنكرات فكيف يكون كفؤا لمن ذكر اللهم إلا أن يقيد بالناظر ذى المروءة وبناظر نحو مسجد بخلاف ناظر وقف أهلي بشرط الواقف ، فإنه لا يزداد رفعة بذلك ط (قوله كفء لبنت الأمير بمصر) لا يخفى أن تخصيص بنت الأمير بالذكر للمبالغة أي فيكون كفؤا لبنت التاجر بالأولى ، فيفيد أن الأمير أشرف من التاجر كما هو العرف ، وهذا مؤيد

(اعتبارها عند) ابتداء (العقد فلا يضر زوالها بعده) فلو كان وقته كفؤا ثم فجر لم يفسخ ، وأما لو كان دباغا فصار تاجرا فإن بقى عارها لم يكن كفؤا وإلا لا ، نهر بحثا (العجمى لايكون كفؤا للعربية ولو) كان العجمى (عالما) أو سلطانا (وهو الأصح) فتح عن الينابيع وادعى فى البحر أنه ظاهر الرواية وأقره المصنف لكن فى النهر إن فسر الحسيب بذى المنصب والجاه فغير كفء للعلوية كما فى الينابيع وإن بالعالم فكفء لأن شرف العلم فوق شرف النسب والمال كما جزم به البزازى وارتضاه الكمال وغيره

لبحثنا السابق كما نبهنا عليه (قوله اعتبارها عند ابتداء العقد) قلت : يرد عليه ما فى الذخيرة حجام تزوج امرأة مجهولة النسب ثم ادعاها قرشى وأثبت أنها بنته له أن يفرق بينهما ، وأما لو أقرت بالرق لرجل لم يكن له إبطال النكاح اهـ ه وقد يجاب بأن ثبوت النسب لما وقع مستندا إلى وقت العلوق كان عدم الكفاءة موجودا وقت العقد لا أنها كانت موجودة ثم زالت حتى ينافى كون العبرة لوقت العقد وأما مسألة الإقرار فلأن إقرارها يقتصر عليها، فلا يلزم الزوج بموجبه لما تقرر أن الإقرار حجة قاصرة على المقر (قوله ثم فجر) الأولى أن يقول : ثم زالت كفاءته لأن الفجور يقابل الديانة وهى إحدى مايعتبر فى الكفاءة ط (قوله وأما لو كان دباغا الخ) هذا فرعه صاحب البحر على ماتقدم بأنه ينبغى أن يكون كفؤا ثم استدرك عليه بمخالفته لقولهم إن الصنعة وإن أمكن تركها يبقى عارها ووفق فى النهر بقوله ولو قيل إنه إن بقى عارها لم يكن كفؤا وإن تناسى أمرها لتقادم زمانها كان كفؤا لكان حسنا اهـ . (قوله لكن فى النهر الخ) حيث قال ودل كلامه على أن غير العربى لايكافىء العربى ، وإن كان حسيبا لكن فى جامع قاضيخان قالوا الحسيب يكون كفؤا للنسيب ، فالعالم العجمى يكون كفؤا للجاهل العربى والعلوية ، لأن شرف العلم فوق شرف النسب وارتضاه فى فتح القدير وجزم به البزازى وزاد والعالم الفقير يكون كفؤا للغنى الجاهل والوجه فيه ظاهر لأن شرف العلم فوق شرف النسب فشرف المال أولى . نعم الحسب قد يراد به المنصب والجاه كما فسره به فى المحيط عن صدر الإسلام وهذا ليس كفؤا للعربية كما فى الينابيع اهـ . كلام النهر ملخصا .

أقول : حيث كان مافى الينابيع من تصحيح عدم كفاءة الحسيب للعربية مبنيا على تفسير الحسيب بذى المنصب والجاه لم يصح ماذكره المصنف من تصحيح عدم الكفاءة فى العالم ، وعزوه فى شرحه إلى الينابيع ، وذكر الخير الرملى عن مجمع الفتاوى : العالم يكون كفؤا للعلوية لأن شرف الحسب أقوى من شرف النسب وعن هذا قيل إن عائشة أفضل من فاطمة لأن لعائشة شرف العلم كذا فى المحيط ، وذكر أيضا أنه جزم به فى المحيط والبزازية والفيض وجامع الفتاوى وصاحب الدرر ثم نقل عبارة المصنف هنا ثم قال : فتحرر أن فيه اختلافا ولكن حيث صح أن ظاهر الرواية أنه لايكافئها ، فهو المذهب خصوصا وقد نص فى الينابيع أنه الأصح اهـ .

أقول : قد علمت أن ماصححه فى الينابيع غير مامشى عليه المصنف ، وأما ماذكره من ظاهر الرواية فقد تبع فيه البحر ، وقول الشارح وادعى فى البحر الخ يفيد أن كونه ظاهر الرواية مجرد دعوى لادليل عليها سوى قولهم فى المتون وغيرها والعرب أكفاء أى فلا يكافئهم غيرهم ، ولا يخفى أن هذا وإن كان ظاهره الإطلاق ، ولكن قيده المشايخ بغير العالم وكم له من نظير فإن شأن مشايخ المذهب إفادة قيود وشرائط لعبارات مطلقة استنباطا من قواعد كلية أو مسائل فرعية أو أدلة نقلية وهنا كذلك ، فقد ذكر فى آخر الفتاوى الخيرية فى قرشى جاهل تقدم فى المجلس على عالم أنه يحرم عليه إذ كتب العلماء طافحة بتقدم العالم على القرشى ، ولم يفرق سبحانه بين القرشى وغيره فى قوله — هل يستوى الذين يعلمون والذين لايعلمون — إلى آخر ماأطال به فراجعه فحيث كان شرف العلم

والوجه فيه ظاهر ولذا قيل : إن عائشة أفضل من فاطمة رضى الله عنهما ذكره القهستانى والحنفى كفء لبنت الشافعى ومتى سألنا عن مذهبه أجبنا بمذهبنا كما بسطه المصنف معزياً لجواهر الفتاوى (القروى كفء للمدنى) فلا عبرة بالبلد كما لاعبرة بالجمال خانية ، ولا بالعقل ولا بعيوب يفسخ بها البيع خلافا للشافعى ، لكن فى النهر عن المرغينانى المجنون ليس بكفء للعاقلة (وكذا الصبى كفء بغنى أبيه)

أقوى من شرف النسب بدلالة الآية وتصريحهم بذلك اقتضى تقييد ما أطلقوه هنا اعتمادا على فهمه من محل آخر، فلم يكن ماذكره المشايخ مخالفا لظاهر الرواية . وكيف يصح لأحد أن يقول إن مثل أبى حنيفة أو الحسن البصرى وغيرهما ممن ليس بعربى أنه لايكون كفؤا لبنت قرشى جاهل ،أو لبنت عربى بوال على عقبيه ، فلا جرم إنه جزم بما قاله المشايخ صاحب المحيط وغيره كما علمت وارتضاه المحقق ابن الهمام ، وصاحب النهر وتبعهم الشارح فافهم والله سبحانه أعلم (قوله ولذا قيل الخ) أى لكون شرف العلم أقوى قيل إن عائشة أفضل لكثرة علمها وظاهره أنه لايقال إن فاطمة أفضل من جهة النسب ، لأن الكلام مسوق لبيان أن شرف العلم أقوى من شرف النسب لكن قد يقال بإخراج فاطمة رضى الله عنها من ذلك لتحقق البضعية فيها بلا واسطة ، ولذا قال الإمام مالك : إنها بضعة منه صلى الله عليه وسلم ولا أفضل على بضعة منه أحدا ولا يلزم من هذا إطلاق أنها أفضل ، وإلا لزم تفضيل سائر بناته صلى الله عليه وسلم على عائشة بل على الخلفاء الأربعة ، وهو خلاف الإجماع كما بسطه ابن حجر فى الفتاوى الحديثية وحينئذ فما نقل عن أكثر العلماء من تفضيل عائشة محمول على بعض الجهات كالعلم ، وكونها فى الجنة مع النبى صلى الله عليه وسلم وفاطمة مع على رضى الله عنهما ، ولهذا قال فى بدء الأمالى:

وللصديقة الرجحان فاعلم على الزهراء فى بعض الخلال

وقيل إن فاطمة أفضل ويمكن إرجاعه إلى الأول وقيل بالتوقف لتعارض الأدلة واختاره الإستروشنى من الحنفية وبعض الشافعية كما أوضحه منلا على القارى فى شرح الفقه الأكبر وشرح بدء الأمالى (قوله والحنفى كفء لبنت الشافعى الخ) المراد بالكفاءة هنا صحة العقد يعنى لو تزوج حنفى بنت شافعى نحكم بصحة العقد ، وإن كان فى مذهب أبيها أنه لايصح العقد إذا كانت بكرا إلا بمباشرة وليها لأنا نحكم بما نعتقد صحته فى مذهبنا قال فى البزازية : وسئل أى شيخ الإسلام عن بكر بالغة شافعية زوجت نفسها من حنفى أو شافعى ، بلا رضا الأب هل يصح ؟ أجاب نعم وإن كانا يعتقدان عدم الصحة لأنا نجيب بمذهبنا لا بمذهب الخصم لاعتقادنا أنه خطأ يحتمل الصواب وإن سئلنا كيف مذهب الشافعى فيه لانجيب بمذهبه اهـ وقوله : لاعتقادنا الخ مبنى على القول بأن المقلد يلزمه تقليد الأفضل ليعتقد أرجحية مذهبه ، والمعتمد عند الأصوليين خلافه كما بسطناه فى صدر الكتاب ، ثم لايخفى مما ذكرنا أنه لامناسبة لذكر هذا الفرع فى الكفاءة تأمل (قوله القروى) بفتح القاف نسبة إلى القرية (قوله فلا عبرة بالبلد) أى بعد وجود مامر من أنواع الكفاءة قال فى البحر : فالتاجر فى القرى كفء لبنت التاجر فى المصر للتقارب (قوله كما لاعبرة بالجمال) لكن النصيحة أن يراعى الأولياء المجانسة فى الحسن والجمال هندية عن التاترخانية ط (قوله ولا بالعقل) قال قاضيخان فى شرح الجامع . وأما العقل فلا رواية فيه عن أصحابنا المتقدمين واختلف فيه المتأخرون اهـ أى فى أنه هل يعتبر فى الكفاءة أولا (قوله ولا بعيوب الخ) أى ولا يعتبر فى الكفاءة السلامة من العيوب التى يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر بحر (قوله خلافا للشافعى) وكذا لمحمد فى الثلاثة الأول إذا كان بحال لاتطيق المقام معه إلا أن التفريق أو الفسخ للزوجة لا للولى كما فى الفتح (قوله ليس بكفء للعاقلة) قال فى النهر : لأنه يفوت مقاصد النكاح فكان أشد من الفقر ودناءة الحرفة ، وينبغى اعتماده لأن الناس يعيرون

أو أمه أو جده نهر عن المحيط (بالنسبة إلى المهر) يعنى المعجل كما مر (لا) بالنسبة إلى (النفقة) لأن العادة أن الآباء يتحملون عن الأبناء المهر لاالنفقة ذخيرة (ولو نكحت بأقل من مهرها فللولى) العصبة (الاعتراض حتى يتم) مهر مثلها (أو يفرق) القاضى بينهما دفعا للعار (ولو طلقها) الزوج (قبل تفريق الولى قبل الدخول فلها نصف المسمى) فلو فرق الولى بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وإن بعده فلها المسمى وكذا لو مات أحدهما قبل التفريق فليس للولى المطالبة بالإتمام لانتهاء النكاح بالموت جواهر الفتاوى .

بتزويج المجنون أكثر من ذى الحرفة الدنيئة (قوله أو أمه أو جده) عزاه فى النهر إلى المحيط ، وزاد فى الفتح الجدة لكن فيه أن اعتباره كفؤا بغنى أبيه مبنى على ماذكر من العادة بتحمل المهر ، وهذا مسلم فى الأم والجد أما الجدة فلم تجر العادة بتحملها وإن وجد فى بعض الأوقات تأمل (قوله كما مر) أى عند قول المصنف ومالا (قوله لأن العادة الخ) مقتضاه أنه لو جرت العادة بتحمل النفقة أيضا عن الابن الصغير كما فى زماننا أنه يكون كفؤا بل فى زماننا يتحملها عن ابنه الكبير الذى فى حجره ، والظاهر أنه يكون كفؤا بذلك لأن المقصود حصول النفقة من جهة الزوج بملك أو كسب أو غيره ، ويؤيده أن المتبادر من كلام الهداية وغيرها أن الكلام فى مطلق الزوج صغيرا أوكبيرا فإنه قال وعن أبى يوسف أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجرى المساهلة فى المهر ويعد المرء قادرا عليه بيسار أبيه اهـ . نعم زاد فى البدائع أن ظاهر الرواية عدم الفرق بين النفقة والمهر ، لكن مامشى عليه المصنف نقل فى البحر تصحيحه عن المجتبى ، ومقتضى تخصيصه بالصبى أن الكبير ليس كذلك ووجهه أن الصغير غنى بغنى أبيه فى باب الزكاة بخلاف الكبير لكن إذاكان المناط جريان العادة بتحمل الأب لايظهر الفرق بينهما ولا بين المهر والنفقة فيهما حيث تعورف ذلك والله تعالى أعلم (قوله بأقل الخ) أى بحيث لايتغابن فيه وقدمنا تفسيره فى الباب السابق (قوله فللولى العصبة) أى لاغيره من الأقارب ولا القاضى لو كانت سفيهة ، كما فى الذخيرة نهر . والذى فى الذخيرة من الحجر المحجور عليها إذا تزوجت بأقل من مهر مثلها ليس للقاضى الإعتراض عليها لأن الحجر فى المال لافى النفس اهـ بحر .

قلت : لكن فى حجر الظهيرية إن لم يدخل بها الزوج قيل له أتم مهر مثلها ، فإن رضى وإلا فرق بينهما وإن دخل فعليه إتمامه ولا يفرق بينهما لأن التفريق كان لنقصان عن مهر المثل وقد انعدم حين قضى لها بمهر مثلها بالدخول اهـ (قوله الإعتراض) أفاد أن العقد صحيح . وتقدم أنها لو تزوجت غير كفء ، فالمختار للفتوى رواية الحسن أنه لايصح العقد ، ولم أر من ذكر مثل هذه الرواية هنا ، ومقتضاه أنه لاخلاف فى صحة العقد، ولعل وجهه أنه يمكن الاستدراك هنا بإتمام مهر المثل ،بخلاف عدم الكفاءة والله تعالى أعلم (قوله أو يفرق القاضى) فى الهندية عن السراج ، ولا تكون هذه الفرقة إلا عند القاضى ، ومالم يقض القاضى بالفرقة بينهما فحكم الطلاق والظهار والإيلاء والميراث باق اهـ (قوله دفعا للعار) أشار إلى الجواب عن قولهما ليس للولى الإعتراض ، لأن مازاد على عشرة دراهم حقها ومن أسقط حقه لايعترض عليه ، ولأبى حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فأشبه الكفاءة بحر والمتون على قول الإمام (قوله فلها نصف المسمى) أى وليس لهم طلب التكميل ، لأنه عند بقاء النكاح وقد زال (قوله فلا مهر لها) لأن الفرقة جاءت من قبل من له الحق وهى فسخ ط عن شرح الملتقى (قوله فلها المسمى) هذا فى غير السفيهة وفيها لاتفريق بعد الدخول ، ولزم مهر المثل كما علمته (قوله لإنتهاء النكاح بالموت) فلا يمكن الولى طلب الفسخ ، فلا يلزم الإتمام لأنه إنما يلتزمه الزوج لخوف الفسخ وقد زال النكاح بالموت ط .

(أمره بتزويج امرأة فزوجه أمة جاز وقالا : لايصح) وهو استحسان ملتقى تبعا للهداية وفى شرح الطحاوى قولهما أحسن للفتوى ، واختاره أبو الليث ، وأقره المصنف وأجمعوا أنه لو زوجه بنته الصغيرة أو موليته لم يجز كما لو أمره بمعينة أو بحرة أو أمة ، فخالف أو أمرته بتزويجها ولم تعين فزوجها غير كفء لم يجز اتفاقا

مطلب فى الوكيل والفضولى فى النكاح

(قوله أمره بتزويج الخ) شروع فى بعض مسائل الوكيل والفضولى وذكرها فى باب الولى لأن الوكالة نوع من الولاية لنفاذ تصرفه على الموكل ونفاذ عقد الفضولى بالإجازة يجعله فى حكم الوكيل ، وعقد ذلك فى الكنز وغيره فصلا على حدة .

واعلم أنه لاتشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل ، وإنما ينبغى أن يشهد على الوكالة إذا خيف جحد الموكل إياها فتح (قوله بتزويج امرأة) أى منكرة ويأتى محترزه وأطلق فى الأمة فشمل المكاتبة وأم الولد بشرط أن لاتكون للوكيل للتهمة ، ومالو كانت عمياء أو مقطوعة اليدين أو مفلوجة أو مجنونة خلافا لهما أو صغيرة لاتجامع اتفاقا ، وقيل على الخلاف فتح زاد فى البحر : أو كتابية أو من حلف بطلاقها أو آلى منها أو فى عدة الموكل أو بغبن فاحش فى المهر (قوله جاز) فى بعض النسخ نفذ وهى أنسب لأن الكلام فى النفاذ لافى الجواز ح (قوله وقالا لايصح) أى إذا رده الآمر والأولى التعبير بلا ينفذ ليفيد أنه موقوف. ووجه قول الإمام أن هذا رجوع إلى إطلاق اللفظ ، وعدم التهمة ووجه قولهما إن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالإكفاء ، وجوابه أن العرف مشترك فى تزوج المكافئات وغيرهن وتمامه فى الفتح (قوله وهو استحسان) قال فى الهداية : وذكر فى الوكالة أن اعتبار الكفاءة فى هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لايعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة فى التزوج بالكفء اه قال فى الفتح : وفيه إشارة إلى اختيار قولهما لأن الاستحسان مقدم على غيره إلا فى المسائل المعلومة والحق أن قول الإمام ليس قياساً لأنه أخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر فى أى الاستحسانين أولى اه. والمراد باللفظ المنصوص لفظ الموكل (قوله بنته الصغيرة) فلو كبيرة برضاها لايجوز عنده خلافا لهما ولو زوجه أخته الكبيرة برضاها جاز اتفاقا بحر ومثله فى الذخيرة (قوله أو موليته) بتشديد الياء كمرمية اسم مفعول أى التى هى مولى عليها من جهته أى له عليها الولاية وهذا عطف عام على خاص ، وذلك كبنت أخيه الصغيرة (قوله كما لو أمره بمعينة) محترز قول المتن امرأة بالتنكير ، ومثله مالو عين المهر كألف فزوجه بأكثر فإن دخل بها غير عالم فهو على خياره ، فإن فارقها فلها الأقل من المسمى ، ومهر المثل ولو هى الموكلة وسمت له ألفا فزوجها ثم قال الزوج ولو بعد الدخول : تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل إن أقر الزوج أنها لم توكل بدينار فهى بالخيار ، فإن ردت فلها مهر المثل بالغا مابلغ ، ولا نفقة عدة لها لأن بالرد تبين أن الدخول حصل فى نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة ، وإن كذبها الزوج فالقول لها مع يمينها ، فإن ردت فباقى الجواب بحاله ويجب الإحتياط فى هذا ، فإنه ربما يحصل لها منه أولاد ثم تنكر قدر مازوجها به الوكيل ، ويكون القول قولها فترد النكاح فتح ملخصا قال فى البزازية : وهذا إن ذكر المهر وإن لم يذكر فزوجه بأكثر من مهر المثل بما لايتغابن فيه الناس أو زوجها بأقل منه كذلك صح عنده خلافا لهما لكن للأولياء حق الاعتراض فى جانب المرأة دفعا للعار عنهم اه. وانظر ماقدمناه فى باب الولى (قوله لم يجز اتفاقا) لأن الكفاءة معتبرة فى حقها فلو كان كفؤا إلا أنه أعمى أو مقعد أو صبى أو معتوه ، فهو جائز وكذا لو كان خصيا أو عنينا ، وإن كان لها التفريق بعد ذلك بحر ثم قال : ولو زوجها من

(ولو) زوجه المأمور بنكاح امرأة (امرأتين فى عقد واحد لا) ينفذ للمخالفة ، وله أن يجيزهما أو إحداهما ولو فى عقدين لزم الأول وتوقف الثانى ؛ ولو أمره بامرأتين فى عقدة فزوجه واحدة أو ثنتين فى عقدتين جاز إلا إذا قال : لاتزوجنى إلا امرأتين فى عقدة أو فى عقدتين لم تجز المخالفة (ولا يتوقف الإيجاب على قبول غائب عن المجلس فى سائر العقود) من نكاح وبيع وغيرهما ، بل يبطل الإيجاب ، ولا تلحقه الإجازة اتفاقا (ويتولى طرفى النكاح واحد) بإيجاب يقوم مقام القبول فى خمس صور كأن كان وليا أو وكيلا من الجانبين أو أصيلا من جانب

أبيه أو ابنه لم يجز عنده وفى كل موضع لاينفذ فعل الوكيل فالعقد موقوف على إجازة الموكل وحكم الرسول كحكم الوكيل فى جميع ماذكرناه ، وتوكيل المرأة المتزوجة بالتزويج إذا طلقت وانقضت عدتها صحيح كتوكيله أن يزوجه المتزوجة . فطلقت وحلت فزوجها فإنه صحيح (قوله بنكاح امرأة) نكرها دلالة على أنه لو عينها فزوجها مع أخرى ، لايكون مخالفا بل ينفذ عليه فى المعينة وفى الخانية وكله بأن يزوجه فلانة أو فلانة فأيهما زوجه جاز ولا يبطل التوكيل بهذه الجهالة نهر (قوله للمخالفة) تعليل قاصر وعبارة الهداية لأنه لاوجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ فى إحداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية ، فتعين التفريق اه (قوله وله أن يجيزهما أو إحداهما) اعترض الزيلعى بهذا على قول الهداية فتعين التفريق ، وأجاب فى البحر بأن مراده عند عدم الأجازة فإن أجاز نكاحهما أو إحداهما نفذ(قوله وتوقف الثانى) لأنه فضولى فيه ط (قوله إلا إذا قال الخ) فى غاية البيان أمره بامرأتين فى عقدة ، فزوجه واحدة جاز إلا إذا قال لاتزوجنى إلا امرأتين فى عقدة فلايجوز اه أى لايجوز أن يزوجه واحدة فلو زوجه ثنتين فى عقدتين فالظاهر عدم الجواز لأن قوله فى عقدة داخل تحت الحصر وهو المفهوم من كلام الشارح .

وفى المحيط أمره بامرأتين فى عقدة فزوجهما فى عقدتين جاز وفى لاتزوجنى امرأتين إلا فى عقدتين فزوجهما فى عقدة لايجوز . والفرق أنه فى الأول أثبت الوكالة حالة الجمع . ولم ينفها حالة التفرد نصا ، بل سكت والتنصيص على الجمع لاينفى ماعداه وفى الثانى نفاها حالة التفرد والنفى مفيد لما فى الجمع من تعجيل مقصوده فلم يصر وكيلا حالة الإنفراد اه والظاهر أن فى صورة النفى هذه لو زوجه امرأة يصح ، ولا يتوقف على تزويج الثانية فى عقد آخر ، وكذا فى صورة النفى فى كلام الشارح ، وهى لاتزوجنى إلا امرأتين فى عقدتين وهو خلاف المفهوم من كلامه فتأمل (قوله على قبول غائب) أى شخص غائب فإذا أوجب الحاضر ، وهو فضولى من جانب أو من الجانبين لايتوقف على قبول الغائب ، بل يبطل وإن قبل العاقد الحاضر بأن تكلم بكلامين كما يأتى وقيد بالغائب لأنه لو كان حاضرا فتارة يتوقف كالفضوليين ، وتارة ينفذ بأن لم يكن فضوليا ولو من جانب كما فى الصور الخمس الآتية (قوله فى سائر العقود) قال المصنف فى المنح : هو أولى مما وقع فى الكنز من قوله على قبول ناكح غائب ، لأنه ربما أفهم الاختصاص بالنكاح وليس كذلك (قوله بل يبطل) لما كان يتوهم من عدم التوقف أنه تام اكتفاء بالإيجاب وحده دفع هذا الإيهام بالإضراب ، ومحل البطلان إذا لم يقبل فضولى عن الغائب أما إذا قبل عنه توقف على الإجازة ط (قوله ولا تلحقه الإجازة) يعنى أنه إذا بلغ الآخر الإيجاب فقبل لايصح العقد لأن الباطل لايجاز ط (قوله يقوم مقام القبول) كقوله مثلا : زوجت فلانة من نفسى ، فإنه يتضمن الشطرين ، فلا يحتاج إلى القبول بعده وقيل يشترط ذكر لفظ هو أصيل فيه كتزوجت فلانة بخلاف ماهو نائب فيه كزوجتها من نفسى وكلام الهداية صريح فى خلافه كما فى البحر عن الفتح (قوله وليا أو وكيلا من الجانبين) كزوجت ابنى بنت أخى أو زوجت موكلى فلانا موكلتى فلانة قال ط : ويكفى شاهدان على وكالته ، ووكالتها وعلى العقد لأن

ووكيلا أو وليا من آخر ، أو وليا من جانب وكيلا من آخر كزوجت بنتي من موكلي (ليس) ذلك الواحد (بفضولي) ولو (من جانب) وإن تكلم بكلامين على الراجح ، لأن قبوله غير معتبر شرعا لما تقرر أن الإيجاب لايتوقف على قبول غائب (ونكاح عبد وأمة بغير إذن السيد موقوف) على الإجازة (كنكاح الفضولي) سيجيء فى البيوع توقف عقوده كلها إن لها مجيز حالة العقد ولا تبطل

الشاهد يتحمل الشهادات العديدة اه . وقدمنا أن الشهادة على الوكالة لاتلزم إلا عند الجحود (قوله ووكيلا أو وليا من آخر) كما لو وكلته امرأة أن يزوجها من نفسه ، أو كانت له بنت عم صغيرة لاولى لها أقرب منه فقال تزوجت موكلتي أو بنت عمي (قوله كزوجت بنتي من موكلي) مثال للصورة الخامسة ، ولابد من التعريف بالإسم والنسب وإنما لم يذكره لأنه مر بيانه (قوله ليس ذلك الواحد) أى المتولى للطرفين بفضولي كما فى الخمس المارة (قوله ولو من جانب) أى سواء كان فضولياً من جانب واحد ، أو من جانبين أى جانب الزوج والزوجة فإذا كان فضوليا منهما أو كان فضولياً من أحدهما ، وكان من الآخر أصيلا أو وكيلا أو ولياً فى هذه الأربع لايتوقف بل يبطل عندهما خلافا للثانى ، حيث قال إنه يتوقف على قبول الغائب ، كما يتوقف اتفاقا لو قبل عنه فضولى آخر والخمسة السابقة نافذة اتفاقا ، وبقى صورة عاشرة عقلية وهى الأصيل من الجانبين لم يذكرها لاستحالتها (قوله وإن تكلم بكلامين) أى بإيجاب وقبول كزوجت فلانا وقبلت عنه ، وهذه مبالغة على المفهوم وهو أن الواحد لايتولى طرفى النكاح عندهما إذا كان فضولياً ، ولو من جانب سواء تكلم بكلام واحد أو بكلامين ، خلافا لما فى حواشى الهداية ، وشرح الكافى من أنه يبطل عندهما إذا تكلم بكلام واحد أما لو تكلم بكلامين فإنه لايبطل ، بل يتوقف على قبول الغائب اتفاقا ورده فى الفتح بأن الحق خلافه ، وأنه لاوجود لهذا القيد فى كلام أصحاب المذهب وإنما المنقول أن الفضولى الواحد لايتولى الطرفين عندهما ، وهو مطلق (قوله لأن قبوله) أى الفضولى المتولى الطرفين (قوله لما تقرر الخ) حاصله : أن الإيجاب لما صدر من الفضولى وليس له قابل فى المجلس ولو فضوليا آخر صدر باطلا غير متوقف على قبول الغائب ، فلا يفيد قبول العاقد بعده ولم يخرج بذلك عن كونه فضولياً من الجانبين قال فى الفتح : إن كون كلامى الواحد عقدا تاماً هو أثر كونه مأمورا من الطرفين أو من طرف وله ولاية الطرف الآخر (قوله ونكاح عبد) أى ولو مدبرا أو مكاتبا نهر (قوله وأمة) أى ولو أم ولد نهر (قوله على الإجازة) أى إجازة السيد أو إجازة العبد بعد الإذن المتأخر عن العقد لما فى البحر عن التجنيس : لو تزوج بغير إذن السيد ثم أذن لاينفذ لأن الإذن ليس بإجازة ، فلابد من إجازة العبد العاقد وإن صدر العقد منه اه (قوله كنكاح الفضولى) أى الذى باشره مع آخر أصيل أو ولى أو وكيل أو فضولى أما لو تولى طرفى العقد ، وهو فضولى من الجانبين أو أحدهما ، فإنه لايتوقف خلافا لأبى يوسف كما مر .

قال فى البحر : الفضولى من يتصرف لغيره بغير ولاية ولا وكالة أو لنفسه ، وليس أهلا وإنما زدناه أى قوله أو لنفسه ليدخل نكاح العبد بلا إذن إن قلنا إنه فضولى ، وإلا فهو ملحق به فى أحكامه اه والصبى كالعبد وإنما قال من يتصرف لامن يعقد ليدخل اليمين ، كما لو علق طلاق زوجة غيره على دخول الدار مثلا ، فإنه يتوقف على إجازة الزوج ، فإن أجاز تعلق ، فتطلق بالدخول بعد الإجازة لاقبلها مالم يقل الزوج أجزت الطلاق على ، ولو قال أجزت هذا اليمين على لزمته اليمين ولا يقع الطلاق مالم تدخل بعد الإجازة كما فى الفتح عن الجامع والمنتقى (قوله إن لها مجيز الخ) فسر المجيز فى النهاية بقابل يقبل الإيجاب ، سواء كان فضوليا أو وكيلا أو أصيلا ، وقال فيها فى فصل بيع الفضولى لو باع الصبى ماله أو اشترى أو تزوج أو زوّج أمه أو كاتب عبده ونحوه توقف على إجازة

(ولابن العم أن يزوج بنت عمه الصغيرة) فلو كبيرة فلابد من الاستئذان ، حتى لو تزوجها بلا استئذان فسكتت أو أفصحت بالرضا لايجوز عندهما . وقال أبو يوسف: يجوز وكذا المولى المعتق والحاكم والسلطان جوهرة به يفتى بخلاف الصغيرة كما مر فليحرر (من نفسه) فيكون أصيلا من جانب ولياً من آخر (كما للوكيل)

الولى ، فلو بلغ هو فأجاز نفذ ولو طلق أو خلع أو أعتق عبده على مال أو بدونه أو وهب أو تصدق أو زوج عبده أو باع ماله بمحاباة فاحشة أو اشترى بغبن فاحش ، أو غير ذلك مما لو فعله وليه لاينفذ كان باطلا لعدم المجيز وقت العقد إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد ، فيصح على وجه الإنشاء كأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو العتاق اهـ قال فى الفتح: وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لابالقابل مطلقا ولا بالولى إذ لايتوقف فى هذه الصور وإن قبل فضولى آخر أو ولى لعدم قدرة الولى على إمضائها فعلى هذا فما لامجيز له أى ماليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كان تحته حرة فزوجه الفضولى أمة أو أخت امرأته أو خامسة أو معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة فى دار الحرب أو إذا لم يكن سلطان ، ولا قاض لعدم من يقدر على الإمضاء فى حالة العقد ، فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة ، وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لاينفذ وأما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء اهـ ملخصا . وقوله : وأما إذا كان أى وجد سلطان أو قاض فى مكان عقد الفضولى على المجنونة أو اليتيمة ، فيتوقف أى وينفذ بإجازتها بعد عقلها أو بلوغها لأن وجود المجيز حالة العقد ، لايلزم كونه من أولياء النسب كما تقدم فى الباب السابق قبل قوله وللولى إلا بعد التزويج بغيبة الأقرب (قوله ولابن العم الخ) هذه من فروع قوله : ويتولى طرفى النكاح واحد ليس بفضولى من جانب فيتولاه هنا بالأصالة من جانبه والولاية من جانبها ومثل الصغيرة المعتوهة والمجنونة ولا يخفى أن المراد حيث لاولى أقرب منه (قوله فلابد من الاستئذان) أى إذا زوجها لنفسه لابد من استئذانها قبل العقد (قوله لايجوز عندهما) لأنه تولى طرفى النكاح ، وهو فضولى من جانبها فلم يتوقف عندهما بل بطل كما مر ، وإذا لم يتوقف لاينفذ بالاجازة بعده بالسكوت أو الإفصاح ، وهذا إذا زوجها لنفسه كما قلنا أما لو زوجها لغيره ، وبلا استئذان سابق ، فسكتت بكرا أو أفصحت بالرضا ثيبا يكون إجازة لأنه انعقد موقوفا لكونه لم يتول الطرفين بنفسه ، بل باشر العقد مع غيره من أصيل ، أو ولى أو وكيل أو فضولى فتكون المسألة حينئذ من فروع قوله كنكاح فضولى (قوله جوهرة) جميع ماتقدم من قوله ولابن العم إلى قوله السلطان عبارة الجوهرة ح (قوله يعنى بخلاف الصغيرة الخ) توضيحه أن قول الجوهرة ، وكذا المولى الخ إشارة إلى أن ذكر ابن العم أولا غير قيد بل المراد به من له ولاية التزوج ، والتزويج ، وظاهره أن هذا التعميم جار فى الصغيرة والكبيرة أى يزوج الولى الصغيرة من نفسه ، وكذا الكبيرة لكن بالاستئذان ، وهذا صحيح فى الكبيرة أما الصغيرة فلا لأنه ليس للحاكم والسلطان أن يتزوجا صغيرة لاولى لها غيرهما لأن فعلهما حكم فيتعين أن يكون قول الجوهرة وكذا الخ راجعا إلى قوله : فلو كبيرة لبيان تعميم الولى فيها فقط ، وهذا معنى قول الشارح بخلاف الصغيرة كما مر أى فى الفروع من الباب السابق ، فى قوله : ليس للقاضى تزويج الصغيرة من نفسه الخ لكن بعد حمل كلام الجوهرة على هذا يبقى فيه إشكال آخر ، وهو أن الحاكم والسلطان لايزوجان الصغيرة لنفسهما لأن فعلهما حكم كما مر ، وهذا لايظهر فى المولى المعتق فقرانه معهما فى الذكر ، وإن ظهر بالنسبة إلى الكبيرة لكنه لايظهر بالنسبة إلى الصغيرة المفهومة من التقييد بالكبيرة ، فلذا قال فليحرر فافهم .

والذى يظهر أنه لا مانع من تزوج المولى المعتق معتقته الصغيرة لنفسه حيث الأولى أقرب منه ، لأنه حينئذ

الذى وكلته أن يزوجها من نفسه فإن له (ذلك) فيكون أصيلا من جانب وكيلا من آخر (بخلاف مالو وكلته بتزويجها من رجل فزوجها من نفسه) لأنها نصبته مزوجا لا تزوجا (أو وكلته أن يتصرف فى أمرها أو قالت له زوج نفسى ممن شئت) لم يصح تزويجها من نفسه كما فى الخانية

هو الولى المجبر فيكون أصيلا من جانبه وليا من جانبها كابن العم ، فيكون داخلا تحت قولهم : ويتولى طرفى النكاح واحد ليس بفضولى من جانب ، ولا يعارض ذلك عبارة الجوهرة التى هى غير محررة إذ لولا وجود المانع فى الحاكم ، وهو أن فعله حكم لكان داخلا تحت هذه القاعدة ولا مانع فى المولى ، فيبقى داخلا تحتها وأيضا لو كان المولى كالحاكم يلزم أن لا يملك تزويجها من ابنه ونحوه ممن لا تقبل شهادته له ، ويخالفه ما فى الفتح عن التجنيس لو زوج القاضى الصغيرة التى هو وليها من ابنه لا يجوز كالوكيل بخلاف سائر الأولياء لأن تصرف القاضى حكم وحكمه لابنه لايجوز بخلاف تصرف الولى اهـ . فقوله بخلاف سائر الأولياء يشمل المولى المعتق فهذا صريح فى أنه ليس كالقاضى .

[تنبيه] تقدم أن المعتق آخر العصبات وأن له ولاية التزويج ، ولو كان امرأة ثم بنوه وإن سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيبهم كما فى الفتح ، وحيث علمت أن له تزويج الصغيرة لنفسه ، فكذا بنوه وعصباته ، وكذا لو كان امرأة تزوج معتقها الصغير لنفسها والله تعالى أعلم (قوله من نفسه) فى المغرب زوجته امرأة وتزوجت امرأة وليس فى كلامهم تزوجت بامرأة ، ولا زوجت منه امرأة (قوله فإن له ذلك) أى تزويجها لنفسه بشرط أن يعرفها الشهود ، أو يذكر اسمها واسم أبيها وجدها أو تكون حاضرة متنقبة ، فتكفى الإشارة إليها وعند الخصاف لايشترط كل ذلك ، بل يكفى قوله زوجت نفسى من موكلتى كما بسطه فى الفتح والبحر ، وقدمنا الكلام عليه عند قوله وبشرط حضور شاهدين ثم إن قول الشارح : فإن له إخراج إعراب المتن عن أصله ، ولا يضر ذلك لأنه لم يغير اللفظ ، وإنما زاده لإصلاح المتن فإن قول المصنف كما للوكيل الكاف فيه للتشبيه بمسألة ابن العم وما مصدرية أو كافة وللوكيل خبر مقدم والمصدر المنسباك من أن وصلتها مبتدأ مؤخر واسم الإشارة بدل منه وفيه أمران : الأول : إطلاق الوكيل مع أن المراد منه وكيل مقيد بأن يزوجها من نفسه والثانى : إنه لاحاجة إلى زيادة اسم الإشارة فأصلح الشارح الأول بزيادة قوله الذى وكلته ، والثانى بزيادة قوله فإن له وحينئذ فقوله للوكيل خبر لمبتدإ محذوف تقديره أن يزوج من نفسه ، ولم يصرح به لدلالة التشبيه عليه وقوله الذى وكلته الخ نعت للوكيل ، ولا يخفى حسن هذا السباك . نعم يمكن إصلاح كلام المتن بدونه بجعل اسم الإشارة مبتدأ ، وللوكيل خبره وقوله أن يزوجها على تقدير الباء الجارة متعلق بالوكيل ، وهذا وإن صح لكنه غير متبادر من هذا اللفظ وعلى كل فلا خلل فى كلام الشارح فافهم (قوله من رجل) أى غير معين ، وكذا المعين بالأولى وفى الهندية عن المحيط : رجل وكل امرأة أن تزوجه فزوجت نفسها منه لايجوز اهـ (قوله فزوجها من نفسه) وكذا لو زوجها من أبيه أو ابنه عند أبى حنيفة كما قدمناه عن البحر ، لأن الوكيل لايعقد مع من لاتقبل شهادته له للتهمة (قوله لأنها الخ) يوهم الجواز لو زوجها من أبيه أو ابنه ، وقد علمت أنه لايجوز (قوله أو وكلته أن يتصرف فى أمرها) لأنه لو أمرته بتزويجها لايملك أن يزوجها من نفسه فهذا أولى هندية عن التجنيس .

قلت : ومقتضى التعليل صحة تزويجها من غيره وينبغى تقييده بالقرينة ، وينبغى أنه لو قامت قرينة على إرادة تزويجها منه أنه يصح كما لو خطبها لنفسه فقالت : أنت وكيل فى أمورى (قوله أو قالت له) فى غالب النسخ بأو وفى بعضها بالواو والأول هو الموافق لما فى البحر وغيره فهى مسألة ثانية ونقل المصنف فى المنح عن جواهر الفتاوى

والأصل أن الوكيل معرفة بالخطاب فلا يدخل تحت النكرة (واو أجاز) من له الإجازة (نكاح الفضولى بعد موته صح) لأن الشرط قيام المعقود له وأحد العاقدين لنفسه فقط (بخلاف إجازة بيعه) فإنه يشترط قيام أربعة أشياء كما سيجىء .

[فروع] الفضولى قبل الإجازة لايملك نقض النكاح بخلاف البيع يشترط للزوم عقد الوكيل موافقته فى المهر المسمى وحكم رسول كوكيل .

باب المهر

أنه يصح قال البزدوى لعل هذا القائل ذهب إلى أنها علمت من الوكيل أنه يريد تزويجها فحينئذ يجوز (قوله لم يصح) أى لم ينفذ بل يتوقف على إجازتها لأنه صار فضوليا من جانبها (قوله والأصل الخ) بيانه أن قولها وكلتك أن تزوجنى من رجل الكاف فيه للخطاب ، فصار الوكيل معرفة وقد ذكرت رجلا منكرا والمعرف غيره ، وكذا قولها ممن شئت فإنه بمعنى أى رجل شئته (قوله وأحد العاقدين) هو العاقد لنفسه كما فى البحر : أى سواء كان أصيلا أو وليا أو وكيلا فإنه عاقد لنفسه بمعنى أنه غير فضولى تأمل : وانظر ما لو كان فضوليا بأن كان كل من العاقدين فضوليين ، والظاهر أن الشرط قيام المعقود لها فقط (قوله أربعة أشياء) وهم العاقدان ، والمبيع وصاحبه ، ويزاد الثمن إن كان عرضا كما فى البحر فافهم (قوله كما سيجىء) أى فى البيوع (قوله لايملك نقض النكاح) أى لاقولا ولا فعلا قال فى الخانية : العاقدون فى الفسخ أربعة عاقد لايملك الفسخ قولا وفعلا ، وهو الفضولى حتى لو زوج رجلا امرأة بلا إذنه ثم قال قبل إجازته فسخت لاينفسخ ، وكذا لو زوجه أختها يتوقف الثانى ، ولايكون فسخا للأول ،وعاقد يفسخ بالقول فقط وهو الوكيل بنكاح معينة إذا خاطب عنها فضولى ، فهذا الوكيل يملك الفسخ بالقول ولو زوجه أختها لا ينفسخ الأول وعاقد يفسخ بالفعل فقط وهو الفضولى إذا زوج رجلا امرأة بلا إذنه ثم وكله الرجل أن يزوجه امرأة غير معينة فزوجه أخت الأول ينفسخ نكاح الأولى ،ولو فسخه بالقول لايصح ، وعاقد يفسخ بهما وهو الوكيل بتزويج امرأة بعينها إذا زوجه امرأة خاطب عنها فضولى فإن فسخه الوكيل أو زوجه أختها انفسخ (قوله بخلاف البيع) والفرق أنه بالبيع تلحقه العهدة ، فله الرجوع كى لايتضرر ، بخلاف النكاح فإن الحقوق ترجع إلى المعقود له عمادية (قوله موافقته فى المهر المسمى) قدمنا الكلام عليه عند قوله بمعينة (قوله وحكم رسول كوكيل) قال فى الفتح : ذكر فى الرسول من مسائل أصل المبسوط قال إذا أرسل إلى المرأة رسولا حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا فقال إن فلانا يسألك أن تزوجيه نفسك ، فأشهدت أنها زوجته وسمع الشهود كلامهما أى كلامها وكلام الرسول ، فإن ذلك جائز إذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه بينة فإن لم يكن أحدهما ، فلا نكاح بينهما لأن الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ، ولم يرض الزوج بصنعه . ولا يخفى أن مثل هذا بعينه فى الوكيل ثم ذكر فروعا كلها تجرى فى الوكيل اهـ . وقدمنا أول النكاح أحكام التزوج بإرسال الكتاب والله تعالى أعلم .

باب المهر

لما فرغ من بيان ركن النكاح وشرطه شرع فى بيان حكمه ، وهو المهر فإن مهر المثل يجب بالعقد ، فكان حكما كذا فى العناية ، واعترضه فى السعدية بأن المسمى من أحكامه أيضا . وأجاب فى النهر بأنه إنما خص مهر المثل لأن حكم الشىء هو أثره الثابت به والواجب بالعقد إنما هو مهر المثل ، ولذا قالوا إنه الموجب الأصلى فى باب النكاح وأما المسمى ، فإنما قام مقامه للتراضى به ثم عرف المهر فى العناية بأنه اسم للمال الذى يجب

ومن أسمائه : الصداق والصدقة ، والنحلة ، والعطية ، والعقر . وفى استيلاد الجوهرة العقر فى الحرائر مهر المثل وفى الإماء عشر قيمة البكر ونصف عشر قيمة الثيب (أقله عشرة دراهم) لحديث البيهقى وغيره « لامهر أقل من عشرة دراهم » ورواية الأقل تحمل على المعجل (فضة وزن سبعة) مثاقيل كما فى الزكاة (مضروبة كانت أولا)

فى عقد النكاح على الزوج فى مقابلة البضع إما بالتسمية أو بالعقد ،واعترض بعدم شموله للواجب بالوطء بشبهة ومن ثم عرفه بعضهم بأنه اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء . وأجاب فى النهر بأن المعرف مهر هوحكم النكاح بالعقد تأمل (قوله ومن أسمائه الخ) أفاد أن له أسماء غيرها كالأجر والعلائق والحباء قال فى النهر وقدجمعها بعضهم فى قوله :

صداق ومهر نحلة وفريضة حباء وأجر ثم عقر علائق

لكنه لم يذكر العطية والصدقة (قوله وفى استيلاد الجوهرة)أى فى باب الاستيلاد من الجوهرة نقلا عن الإمام السرخسى (قوله فى الحرائر مهر المثل) سيأتى تفسيره وتفصيله (قوله وفى الإماء الخ) أى عشر قيمة الأمة إن كانت بكرا ونصف عشر قيمتها إن كانت ثيبا ، والظاهر أنه يشترط عدم نقصان العشر أو نصفه عن عشرة دراهم فإن نقص وجب تكميله إلى العشرة لأن المهر لاينقص عن عشرة ، سواء كان مهر المثل أو مسمى ح :

قلت : وقال فى الفيض بعد نقله ماذكره الشارح عن بعض المحققين ، وقيل فى الجوارى ينظر إلى مثل تلك الجارية جمالا ومولى بكم تتزوج فيعتبر بذلك وهو المختار اه والظاهر أن هذا هو المراد من قوله الآتى عند ذكر مهر المثل أن مهر الأمة بقدر الرغبة فيها،وفى باب نكاح الرقيق من الفتح العقر هو مهر مثلها فى الجمال أى مايرغب به فى مثلها جمالا فقط . وأما ماقيل مايستأجر به مثلها للزنى لو جاز فليس معناه بل العادة أن مايعطى لذلك أقل ممايعطى مهرا لأن الثانى للبقاء بخلاف الأول اه(قوله لحديث البيهقى وغيره) رواه البيهقى بسند ضعيف ورواه ابن أبى حاتم وقال الحافظ ابن حجر : إنه بهذا الإسناد حسن كما فى فتح القدير فى باب الكفاءة (قوله ورواية الأقل الخ) أى مايدل بحسب الظاهر من الأحاديث المروية على جواز التقدير بأقل من عشرة وكلها مضعفة إلا حديث « التمس ولو خاتما من حديد » يجب حملها على أنه المعجل ، وذلك لأن العادة عندهم تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء إلى أنه لا يدخل بها حتى يقدم شيئا لها تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا أن يدخل بفاطمة رضى الله تعالى عنهما حتى يعطيها شيئا فقال يارسول الله ليس لى شىء فقال « أعطها درعك فأعطاها درعه » رواه أبو داود والنسائى ، ومعلوم أن الصداق كان أربعمائة درهم وهى فضة ، لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة رضى الله تعالى عنها قالت « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا » رواه أبو داود فيحمل المنع المذكور على الندب : أى ندب تقديم شىء إدخالا للمسرة عليها تألفا لقلبها وإذا كان ذلك معهودا وجب حمل ماخالف مارويناه عليه جمعا بين الأحاديث . وهذا وإن قيل إنه خلاف الظاهر فى حديث « التمس ولو خاتما من حديد » لكن يجب المصير إليه لأنه قال فيه بعده زوجتكها بما معك من القرآن ، فإن حمل على تعليمه إياها مامعه أو نفى المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى — أن تبتغوا بأموالكم — فقيد الإحلال بالابتغاء بالمال ، فوجب كون الخبر غير مخالف له وإلا لم يقبل لأنه خبر واحد ، وهو لا ينسخ القطعى فى الدلالة وتمام ذلك مبسوط فى الفتح (قوله فضة) تمييز منصوب أو مجرور فلدراهم تمييز لعشرة وفضة تمييز لدراهم على أن المراد بها آلة الوزن (قوله وزن) بالرفع صفة عشرة وبالنصب حال على تقدير ذات وزن ط (قوله سبعة مثاقيل) هو أن يكون كل درهم أربعة عشر قيراطا شرنبلالية (قوله مضروبة كانت أولا) فلو سمى

ولو دينا أو عرضاً قيمته عشرة وقت العقد ، أما فى ضمانها بطلاق قبل الوطء فيوم القبض (وتجب) العشرة (إن سماها أو دونها و) يجب (الأكثر منها إن سمى) الأكثر ويتأكد (عند وطء أو خلوة صحت) من الزوج (أو موت أحدهما) أو تزوج ثانياً فى العدة

عشرة تبرا أو عرضا قيمته عشرة تبرا لا مضروبة صح ، وإنما تشترط المصكوكة فى نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد بحر (قوله ولو دينا) أى فى ذمتها أو فى ذمة غيرها أما الأول فظاهر ، وأما الثانى فكما لو تزوجها على عشرة له على زيد فإنه يصح وتأخذها من أيهما شاءت فإن اتبعت المديون أجبر الزوج على أن يوكلها بالقبض منه كما فى النهر : أى لئلا يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين اهـ لكن إذا أضيف النكاح إلى دراهم فى ذمتها تعلق بالعين لا بالمثل بخلاف ما إذا كان فى ذمة غيرها فإنه يتعلق بالمثل لئلا يكون تمليك الدين من غير من عليه الدين وبيان ذلك فى الذخيرة (قوله أو عرضا) وكذا لو منفعة كسكنى داره ، وركوب دابته وزراعة أرضه حيث علمت المدة كما فى الهندية .

قلت : ولابد من كونها مما يستحق المال بمقابلتها ليخرج ما يأتى من عدم صحة التسمية فى خدمة الزوج الحر لها وتعليم القرآن (قوله قيمته عشرة وقت العقد) أى وإن صارت يوم التسليم ثمانية ، فليس لها إلا هو ولو كان على عكسه لها العرض المسمى ودرهمان ، ولا فرق فى ذلك بين الثوب والمكيل والموزون لأن ما جعل مهرا لم يتغير فى نفسه وإنما التغير فى رغبات الناس بحر عن البدائع (قوله أما فى ضمانها الخ) يعنى أما الحكم فى ضمانها الخ ، وذلك كما لو تزوجها على ثوب وقيمته عشرة فقبضته وقيمته عشرون ، وطلقها قبل الدخول والثوب مستهلك ردت عشرة لأنه إنما دخل فى ضمانها بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض بحر عن المحيط . والهلاك كالاستهلاك لأنها إذا لم تؤاخذ بما زاد فى قيمته بعد القبض فى الاستهلاك ، ففى الهلاك بالأولى ، وأفاد أنه لو قائما تعتبر قيمته يوم الطلاق لا يوم القبض وأنه ليس له أخذه منها ليعطيها نصف قيمته ، بل إن كان مما لا يتعيب بالقسمة كمكيل وموزون أخذ نصفه ، وإلا بقى مشتركا بعد القضاء أو الرضا لما سيأتى من أنه لو كان مسلما لها لم يبطل ملكها ، ويتوقف عوده إلى ملكه على القضاء أو الرضا حتى ينفذ تصرفها فيه قبل ذلك لا تصرفه كذا أفاده السيد محمد أبو السعود ، وأفاد أيضا أنها لو أرادت أن تعطيه نصف قيمته ، فالظاهر أنه يجبر على القبول .

قلت : وفيه نظر لأنه قبل القضاء أو الرضا لا وجه لإجباره ، لأن له ترك المطالبة بالكلية وكذا بعده إذا صار مشتركا لا وجه لإجباره على قبول قيمة حصته فافهم (قوله وتجب العشرة إن سماها الخ) هذا إن لم تكسد الدراهم المسماة ، فلو كسدت وصار النقد غيرها فعليه قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن فتح (قوله ويجب الأكثر) أى بالغا ما بلغ فالتقدير بالعشرة لمنع النقصان (قوله ويتأكد) أى الواجب من العشرة أو الأكثر وأفاد أن المهر وجب بنفس العقد لكن مع احتمال سقوطه بردتها أو تقبيلها ابنه أو تنصفه بطلاقها قبل الدخول ، وإنما يتأكد لزوم تمامه بالوطء ونحوه وبه ظهر أن ما فى الدرر من أن قوله عند وطء متعلق بالوجوب غير مسلم كما أفاده فى الشرنبلالية . قال فى البدائع : وإذا تأكد المهر بما ذكر لا يسقط بعد ذلك ، وإن كانت الفرقة من قبلها لأن البدل بعد تأكده لا يحتمل السقوط إلا بالإبراء كالثمن إذا تأكد بقبض المبيع اهـ (قوله صحت) احتراز عن الخلوة الفاسدة كما سيأتى بيانها (قوله من الزوج) متعلق بقوله وطء أو خلوة على التنازع لا بقوله صحت حتى يرد أن شروط الصحة ليست من جانبه فقط فافهم (قوله أو تزوج ثانيا) هذا مؤكد رابع زاده فى البحر بحثا بقوله : وينبغى أن لا يزاد رابع ، وهو وجوب العدة عليها منه فيما لو طلقها بائنا بعد الدخول ، ثم تزوجها فى العدة وجب

أو إزالة بكارتها بنحو حجر بخلاف إزالتها بدفعة فإنه يجب النصف بطلاق قبل وطء ولو الدفع من أجنبي ، فعلى الأجنبي أيضاً نصف مهر مثلها إن طلقت قبل الدخول وإلا فكله نهر بحثا

كمال المهر الثانى بدون الخلوة والدخول لأن وجوب العدة عليها فوق الخلوة اه . وأقره فى النهر وفيه بحث فإنه يمكن إدخاله فيما قبله ، وهو الوطء لما سيأتى فى باب العدة من أنه فى هذه الصورة يجب عليه مهر تام، وعليها عدة مبتدأة لأنها مقبوضة فى يده بالوطء الأول لبقاء أثره وهو العدة ، وهذه إحدى المسائل العشرة المبنية على أن الدخول فى النكاح الأول دخول فى الثانى (قوله أو إزالة بكارتها الخ) هذا مؤكد خامس زاده فى البحر أيضا حيث قال: وينبغى أن يزاد خامس ، وهو مالو أزال بكارتها بحجر ونحوه فإن لها كمال المهر كما صرحوا به بخلاف ما إذا أزالها بدفعة فإنه يجب النصف لو طلقها قبل الدخول ولو دفعها أجنبي فزالت بكارتها وطلقت قبل الدخول وجب نصف المسمى على الزوج ، وعلى الأجنبي نصف صداق مثلها اه . وأقره فى النهر أيضا وفيه بحث أيضا فإن الذى يظهر لى دخول هذا فيما قبله ، وهو الخلوة لأن العادة أن إزالة البكارة بحجر ونحوه كأصبع إنما تكون فى الخلوة ، فلذا وجب كل المهر ، بخلاف إزالتها بدفعة ، فإن المراد حصولها فى غير خلوة ، ثم رأيت مايفيد ذلك فى جنايات الفتاوى الهندية عن المحيط حيث قال: ولو دفع امرأته ولم يدخل بها فذهبت عذرتها ، ثم طلقها فعليه نصف المهر ولو دفع امرأة الغير وذهبت عذرتها ثم تزوجها ودخل وجب لها مهران اه أى مهر بالدخول بحكم النكاح ومهر بإزالة العذرة بالدفع كما فى جنايات الخانية فقوله: ولو دفع امرأته ولم يدخل بها ذكر مثله فى جنايات الخانية ، ومثله فى الفتح هنا وهو صريح فيما قلناه فى مسألة الدفع ومشير إلى أن مسألة الحجر فى الخلوة إذ لا يظهر الفرق بين مجرد إزالتها بحجر أو دفعة ، ويدل عليه أن المفاد من إيجاب نصف المهر فى مسألة الدفع أن الزوج لا ضمان عليه فى إزالة بكارة الزوجة بأى سبب كان لأن وجوب نصف المهر عليه إنما هو بحكم الطلاق قبل الدخول وإلا لوجب عليه مهر آخر لإزالتها بالدفع كما فى مسألة امرأة الغير . وبه علم أن لزوم كمال المهر فيما لو أزالها بحجر إنما هو بحكم الطلاق بعد الخلوة لا بسبب إزالتها بالحجر ، وإلا لكان الواجب عليه مهرين حتى لو كان قد ضربها بحجر بدون خلوة فأزال بكارتها لا يلزمه شئ لإزالة البكارة فإذا طلقها قبل الخلوة أيضا فعليه نصف المهر بحكم الطلاق كما فى مسألة الدفع . ويدل أيضا على ما قلنا من عدم الفرق بين إزالتها بحجر أو دفع أنه صرح فى الخانية بأنه لو دفع بكرا أجنبية صغيرة أو كبيرة فذهبت عذرتها لزمه المهر وذكر مثله فيما لو أزالها بحجر أو نحوه ، فلم يفرق بين الدفع والحجر فى الأجنبية ، فعلم أن الفرق بينهما فى الزوجة من حيث الخلوة وعدمها إذ لا شئ على الزوج فى مجرد إزالتها بالدفع لملكه ذلك بالعقد فلا وجه لضمانه به بخلاف الأجنبي وحيث لم يلزمه شيء بمجرد الدفع لا يلزمه شيء أيضا بمجرد إزالتها بالحجر ونحوه إذ لا فرق بين آلة وآلة فى هذه الإزالة فالدفع غير قيد . ثم رأيت فى جنايات أحكام الصغار صرح بأن الزوج لو أزال عذرتها بالأصبع لا يضمن ويعزر اه . ومقتضاه أنه مكروه فقط ، وهل تنتفى الكراهة بسبب العجز عن الوصول إليها بكرا ؟ الظاهر لا فإنه يكون عنينا بذلك ، ويكون لها حق التفريق ، ولو جاز ذلك لما ثبتت عنته بذلك العجز والله أعلم فافهم (قوله فعلى الأجنبي أيضا) أى كما أن على الزوج نصف المسمى كما مر عن البحر (قوله إن طلقت) أى طلقها زوجها (قوله نهر بحثا) راجع إلى قوله وإلا فكله وذلك حيث قال: وفي جامع الفصولين تدافعت جارية مع أخرى فزالت بكارتها وجب عليها مهر المثل اه . وهو باطلاقه يعم مالو كانت المدفوعة متزوجة فيستفاد منه وجوبه على الأجنبي كاملا فيما إذا لم يطلقها الزوج قبل الدخول فتدبره انتهى كلام النهر . وفيه : أن عبارة جامع الفصولين تدل على وجوب كمال مهر المثل مطلقا من غير تفصيل بين ما إذا طلقها قبل الدخول أو لم يطلقها كما

(و) يجب (نصفه بطلاق قبل وطء أو خلوة) فلو كان نكحها على ماقيمته خمسة كان لها نصفه ودرهمان ونصف (وعاد النصف إلى ملك الزوج

لايخفى ، وحينئذ يعارض إيجابهم نصف مهر المثل على الأجنبى فيما إذا طلقها الزوج قبل الدخول اه ح . وما فى جامع الفصولين هو المذكور فى الخانية والبزازية وغيرهما ، وهو الوجه لما علمت من أن إزالة البكارة من أجنبى غير الزوج توجب مهر المثل على المزيل ، سواء كانت بدفع أو حجر ، وذلك لاينافى وجوب نصف المسمى على الزوج بطلاقها قبل الدخول ، لاختلاف السبب . فإن سبب إيجاب المهر كاملا على الدافع الجناية وسبب إيجاب النصف على الزوج الطلاق ، ولو كان ما وجب على الزوج منقصا للجناية ، حتى أوجب النصف على الجانى لزم أن لايجب على الجانى شىء إذا طلقها الزوج بعد الخلوة الصحيحة لوجوب المهر كاملا على الزوج .

هذا ، وفى المنح عن جواهر الفتاوى :

ولو افتض مجنون بكارة امرأة بأصبع ، فقد أشار فى المبسوط والجامع الصغير إذا افتضها كرها بأصبع أو حجر أو آلة مخصوصة حتى أفضاها فعليه المهر ، ولكن مشايخنا يذكرون أن هذا وقع سهوا ، فلا يجب إلا بالآلة الموضوعة لقضاء الشهوة والوطء ويجب الأرش فى ماله اه .

قلت : وهذا مشكل فإن الافتضاض إزالة البكارة ، والافضاء خلط مسلكى البول والغائط والمشهور فى الكتب المعتمدة المتداولة أن موجب الأول مهر المثل ، ولو بغير آلة الوطء كما علمته مما قدمناه ، وموجب الثانى الدية كاملة إن لم تستمسك البول وإلا فثلثها لأنها جراحة جائفة ، وهذا لو من أجنبى ، فلو من الزوج لم يجب فى الأول ضمان كما مر ، وكذا فى الثانى عندهما خلافا لأبى يوسف حيث جعل الزوج فيه كأجنبى ، واعتمده ابن وهبان لتصريحهم بأن الواجب فى سلس البول الدية ورده الشرنبلالى فى شرح الوهبانية ، بأن هذا فى غير الزوج ، وأطال فى ذلك والله تعالى أعلم (قوله ويجب نصفه) أى نصف المهر المذكور ، وهو العشرة إن سماها أو دونها أو الأكثر منها إن سماه ، والمتبادر التسمية وقت العقد ، فخرج ما فرض أو زيد بعد العقد فإنه لاينصف كالمتعة كما سيأتى .

وفى البدائع ولو شرط مع المسمى ماليس بمال بأن تزوجها على ألف درهم وعلى أن يطلق امرأته الأخرى أو على أن لايخرجها من بلدها ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف المسمى ، وسقط الشرط لأنه إذا لم يف به يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لايثبت بالطلاق قبل الدخول ، فسقط اعتباره فلم يبق إلا المسمى فيتنصف ، وكذلك إن شرط مع المسمى شيئا مجهولا كأن يهدى لها هدية ، ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى لأنه إذا لم يف بالهدية يجب مهر المثل ولا مدخل لمهر المثل فى الطلاق قبل الدخول فيسقط اعتبار هذا الشرط ، وكذا لو تزوجها على ألف أو على ألفين حتى وجب مهر المثل انتهى (قوله بطلاق) الباء للمصاحبة لاللسببية لما مر من أن الوجوب بالعقد أفاده فى الشرنبلالية ، ولو قال بكل فرقة من قبله لشمل مثل ردته وزناه وتقبيله ومعانقته لأم امرأته وبنتها قبل الخلوة قهستانى عن النظم (قوله قبل وطء أو خلوة) هو معنى قول الكنز قبل الدخول ، فإن الدخول يشمل الخلوة أيضا لأنها دخول حكما كما فى البحر عن المجتبى وسيأتى متنا أن القول لها لو ادعت الدخول وأنكره لأنها تنكر سقوط النصف (قوله فلو كان نكحها الخ) تفريع على قوله ويجب نصفه الشامل للعشر فيما لو سمى مادونها كما قررناه فافهم (قوله ودرهمان ونصف) لأنه لما سمى ماقيمته دون العشرة لزم خمسة أخرى تكملة العشرة لماطلقها قبل الدخول كان لها نصف المسمى ونصف التكملة (قوله وعاد النصف إلى ملك الزوج) أى ولوكان تبرع به عنه آخر ، وإذا كانت الفرقة قبل الدخول من قبلها عاد إليه الكل .

بمجرد الطلاق إذا لم يكن مسلما لها ، وإن) كان (مسلما) لها لم يبطل ملكها منه بل (توقف) عوده إلى ملكه (على القضاء أو الرضا) فلهذا (لانفاذ لعتقه) أى الزوج (عبدا لمهر بعد طلاقها قبله) أى قبل القضاء ونحوه لعدم ملكه قبله (ونفذ تصرف المرأة) قبله (فى الكل لبقاء ملكها) وعليها نصف قيمة الأصل يوم القبض ؛ لأن زيادة المهر المنفصلة تتنصف قبل القبض لابعده

قال فى البحر عن القنية : لو تبرع بالمهر عن الزوج ثم طلقها قبل الدخول ، أو جاءت الفرقة من قبلها يعود نصف المهر فى الأول والكل فى الثانى إلى ملك الزوج ، بخلاف المتبرع بقضاء الدين إذا ارتفع السبب يعود إلى ملك القاضى إن كان بغير أمره (قوله بمجرد الطلاق) أى بالطلاق المجرد عن القضاء والرضا (قوله إذا لم يكن مسلما لها) وكذا إذا كان دينا لم تقبضه ، فإنه يسقط نصف المسمى بالطلاق ، ويبقى النصف كما فى البدائع (قوله بل توقف عوده) أى عود النصف إلى ملكه لأن العقد وإن انفسخ بالطلاق فقد بقى القبض بالتسليط الحاصل بالعقد ، وأنه من من أسباب الملك فلا يزول الملك إلا بالفسخ من القاضى ، لأنه فسخ لسبب الملك أو بتسليمها ، لأنه نقض للقبض حقيقة بدائع (قوله عبدا لمهر) مفعول لعتق والمراد نصفه وكذا كله بالأولى إذ لاحق له فى النصف الآخر (قوله بعد طلاقها قبله) الظرفان متعلقان بعتق (قوله ونحوه) المراد به الرضا اه ح (قوله لعدم ملكه قبله) أى قبل القضاء ونحوه ، حتى لو قضى القاضى بعد العتق بالنصف له لاينفذ ذلك العتق ، لأنه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد إذا أعتقه البائع ، ثم رد عليه لاينفذ ذلك العتق الذى كان قبل الرد فتح (قوله ونفذ تصرف المرأة) من جملة المفرع على قوله بل توقف الخ ط . وشمل التصرف العتق والبيع والهبة وقوله قبله أى قبل القضاء ونحوه (قوله وعليها نصف قيمة الأصل الخ) لأنه إذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمته للزوج يوم قبضت بحر : أى لأنه بالقبض دخل فى ضمانها (قوله لأن زيادة المهر) تعليل لما استفيد من التقييد بالأصل ، وهو أن المهر لو زاد بعد القبض لاتضمن الزيادة ، لكن فى المسألة تفصيل ، لأن الزيادة فى المهر إما متصلة متولدة من الأصل كسمن الجارية وجمالها وأثمار الشجر أو غير متولدة كصبغ الثوب والبناء فى الدار أو منفصلة متولدة كالولد والثمر إذا جذ أو غير متولدة كالكسب والغلة وكل إماأن يكون قبل القبض فيتنصف إلا الغير المتولدة بقسميها أو بعده فلا يتنصف ، فالأقسام ثمانية كما فى النهر وغيره .

والحاصل أن الزيادة لاتتنصف بل تسلم للزوجة إذا حدثت بعض القبض مطلقا أو قبله إن كانت غير متولدة متصلة ومنفصلة ، فكان الأولى للشارح أن يقول لأن الزيادة المتولدة قبل القبض تتنصف دون غيرها .

ثم اعلم أن هذا كله إذا حدثت الزيادة قبل الطلاق ؛ فلو بعده ، فإن كانت قبل القبض تنصفت كالأصل ، وإن بعد القبض ، فإن كان بعد القضاء للزوج بالنصف فكذلك ، وإلا فالمهر فى يدها كالمقبوض بعقد فاسد لأنه فسد ملكها النصف بالطلاق كما فى البدائع . وبقى مسائل نقصان المهر ، وهى خمس وعشرون صورة مذكورة فى البحر والنهر (قوله قبل القبض) ظرف لقوله تتنصف ، والواقع فى النهر وغيره جعله ظرفا للزيادة ، فإن المؤدى واحد ط .

قلت : ويصح جعل الظرف متعلقا بمحذوف حال من زيادة فتتحد العبارتان .

(ووجب مهر المثل فى الشغار) هو أن يزوجه بنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته مثلا معاوضة بالعقدين ، وهو منهى عنه لخلوّه عن المهر ، فأوجبنا فيه مهر المثل فلم يبق شغارا (و) فى (خدمة زوج حر) سنة (للإمهار) لحرة أو أمة لأن فيه قلب الموضوع

مطلب نكاح الشغار

(قوله فى الشغار) بكسر الشين مصدر شاغر اهـ ح (قوله هو أن يزوّجه الخ) قال فى النهر : وهو أن يشاغر الرجل : أى يزوجه حريمته على أن يزوجه الآخر حريمته ولا مهر إلا هذا ، كذا فى المغرب : أى على أن يكون بضع كل صداقا عن الآخر ، وهذا القيد لابد منه فى مسمى الشغار ؛ حتى لو لم يقل ذلك ولا معناه بل قال زوّجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك فقبل أو على أن يكون بضع بنتى صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوّجه بنته ولم يجعلها صداقا لم يكن شغارا بل نكاحا صحيحا اتفاقا وإن وجب مهر المثل فى الكل ، لما أنه سمى مالا يصلح صداقا . وأصل الشغور : الخلوّ ، يقال بلدة شاغرة إذا خلت عن السكان ، والمراد هنا الخلوّ عن المهر لأنهما بهذا الشرط كأنهما أخليا البضع عنه نهر (قوله معاوضة بالعقدين) المراد بالعقد المعقود عليه وهو البضع كما فى الحواشى السعدية : أى على أن يكون كل بضع عوض الآخر مع القبول من العاقد الآخر كما يشير إليه لفظ المفاعلة ، فاحترز عما إذا لم يصرح بكون كل بضع عوض البضع للآخر أو صرح به أحدهما وقال الآخر زوّجتك بنتى كما مر (قوله وهو منهى عنه لخلوّه عن المهر الخ) جواب عما أورده الشافعى من حديث الكتب الستة مرفوعا من النهى عن نكاح الشغار والنهى يقتضى فساد المنهى عنه . والجواب أن متعلق النهى مسمى الشغار المأخوذ فى مفهومه خلوّه عن المهر وكون البضع صداقا ، ونحن قائلون بنفى هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا ، فلا نثبت النكاح كذلك بل نبطله ، فيبقى نكاحا مسمى فيه مالا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالمسمى فيه خمر أو خنزير فما هو متعلق النهى لم نثبته ، وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته ، وتمامه فى الفتح . زاد الزيلعى : أو هو أى النهى محمول على الكراهة اهـ أى والكراهة لاتوجب الفساد .

وحاصله أنه مع إيجاب مهر المثل لم يبق شغارا حقيقة ، وإن سلم فالنهى على معنى الكراهة ، فيكون الشرع أوجب فيه أمرين الكراهة ومهر المثل ؛ فالأول مأخوذ من النهى ، والثانى من الأدلة الدالة على أن ما سمى فيه مالا يصلح مهرا ينعقد موجبا لمهر المثل ، وهذا الثانى دليل على حمل النهى على الكراهة دون الفساد ، وبهذا التقرير اندفع ما أورد من أن حمله على الكراهة يقتضى أن الشغار الآن غير منهى عنه لإيجابنا فيه مهر المثل .

ووجه الدفع أنه إذا حمل النهى على معنى الفساد فكونه غير منهى الآن . أى بعد إيجاب مهر المثل مسلم . وإن حمل على معنى الكراهة فالنهى باق فافهم (قوله وفى خدمة زوج حر) أى يجب مهر المثل عندهما فى جعله المهر خدمته إياها سنة . وقال محمد : لها قيمة الخدمة قيد بالخدمة لأنه لو تزوجها على سكنى داره أو ركوب دابته أو الحمل عليها أو على أن تزرع أرضه ونحو ذلك من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه المنافع مال أو ألحقت به للحاجة نهر عن البدائع . واحترز بالحر عن العبد كما يأتى فى قوله ولها خدمته لو عبدا ، وزاد قوله أو أمة لقول النهر إن الظاهر من كلامهم أنه لافرق بينها وبين الحرة ، بل التنافى المعلل به أقوى فى الأمة منه فى الحرة (قوله سنة) إنما ذكره لتوهم صحة التسمية بتعيين المدة ، فإذا لم تصح فى المعينة ففى المجهولة بالأولى ط (قوله لأن فيه قلب الموضوع) لأن موضوع الزوجية أن تكون هى خادمة له لابالعكس فإنه حرام لما فيه من الإهانة والإذلال كما يأتى ، فقد سمى مالا يصلح مهرا فصح العقد ووجب مهر المثل .

كذا قالوا . ومفاده صحة تزوجها على أن يخدم سيدها أو وليها كقصة شعيب مع موسى كصحته على خدمة عبده أو أمته أو عبد الغير برضا مولاه أو حر آخر برضاه (و) فى (تعليم القرآن) للنص بالابتغاء بالمال وباء « زوّجتك بما معك من القرآن »

قال فى النهر : واختلفت الروايات فى رعى غنمها وزراعة أرضها للتردد فى تمحضها خدمة وعدمه ، فعلى رواية الأصل والجامع لايجوز وهو الأصح . وروى ابن سماعة أنه يجوز ؛ ألا ترى أن الابن لو استأجر أباه للخدمة لايجوز ، ولو استأجره للرعى والزراعة يصح كذا فى الدراية وهذا شاهد قوى ، ومن هنا قال المصنف فى كافيه بعد ذكر رواية الأصل الصواب أن يسلم لها إجماعا اه (قوله كذا قالوا) الأولى إسقاطه لأن عادتهم فى مثل هذه العبارة تضعيف القول والتبرى عنه ، وهو غير مراد هنا تأمل (قوله ومفاده الخ) البحث لصاحب النهر . قال الرحمتى : والظاهر أن وليها يضمن لها حينئذ قيمة الخدمة ، بخلاف سيدها لأنه المستحق لمهر أمته . والظاهر هنا الاتفاق على صحة التزويج بخلاف خدمته لها اه .

قلت : لكن فى البحر عن الظهيرية : لو تزوجها على أن يهب لأبيها ألف درهم لها مهر المثل وهب له أو لا ، فإن وهب كان له أن يرجع فى هبته اه . ومقتضاه وجوب مهر المثل فى خدمة وليها وعدم لزوم الخدمة ، وكذا فى مثل قصة شعيب عليه السلام ؛ ولو فعل الزوج ما سمى ينبغى أن يجب له أجر المثل على وليها ؛ كما قالوا فيما لو قال له اعمل معى فى كرمى لأزوّجك ابنتى فعمل ولم يزوّجه له أجر المثل تأمل (قوله كقصة شعيب) فإنه زوج موسى عليهما السلام بنته على أن يرعى له غنمه ثمانى سنين . وقد قصه الله تعالى علينا بلا إنكار ، فكان شرعا لنا . وقد استدل بهذه القصة على ترجيح مامر من رواية الجواز فى رعى غنمها . ورده فى الفتح بأنه إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف اه وتبعه فى البحر . ومفاده صحة الاستدلال بها على الجواز فى رعى غنم الأب (قوله على خدمة عبده) أى عبد الزوج أى خدمة عبده إياها ، فالمصدر مضاف لفاعله وكذا ما بعده (قوله أو حر آخر برضاه) فى الغاية عن المحيط لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته اه . قال فى الفتح : وهذا يشير إلى أنه لايخدمها ، فإما لأنه أجنبى لايؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة ، وإما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ، ثم قال بعد كلام ويجب أن ينظر ، فإن لم يكن بأمره ولم يجزه وجب قيمة الخدمة ، وإن بأمره فإن كانت خدمة معينة تستدعى مخالطة لايؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى هى قيمتها ، أولا تستدعى ذلك وجب تسليمها وإن كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر حتى تصير أحق بها لأنه أجير وحد(١) فإن صرفته فى الأول فكالأول أو فى الثانى فكالثانى اه أى إن صرفته واستخدمته فى النوع الأول وهو مايستدعى المخالطة فكالأول من المنع وإعطاء قيمة الخدمة وإن استخدمته بما لايستدعى ذلك فحكمه كالثانى من وجوب تسليم الخدمة (قوله وفى تعليم القرآن) أى يجب مهر المثل فيما لو تزوجها على أن يعلمها القرآن أو نحوه من الطاعات ، لأن المسمى ليس بمال بدائع أى لعدم صحة الاستئجار عليها عند أئمتنا الثلاثة (قوله وباء زوّجتك بما معك) أى الوارد فى حديث سعد الساعدى(٢) من قوله صلى الله عليه وسلم « التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال عليه الصلاة والسلام : هل معك

---

(١) (قوله وحد) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والذى فى حاشية العلامة الطحاوى : وحينئذ وهو الظاهر ، فليراجع اه مصححه .

(٢) (قوله سعد الساعدى) فى صحيح البخارى : عن سهل بن سعد الساعدى ، فسقط هنا لفظ سهل بن . اه مصححه .

للسببية أو للتعليل ، لكن فى النهر ينبغى أن يصح على قول المتأخرين (ولها خدمته لو) كان الزوج (عبدا) مأذونا فى ذلك ، أما الحر فخدمته لها حرام لما فيه من الإهانة والإذلال ، وكذا استخدامه نهر عن البدائع .

(وكذا يجب) مهر المثل (فيما إذا لم يسم) مهرا

شيء من القرآن ؟ قال نعم سورة كذا وسورة كذا السور سماها ، فقال عليه الصلاة والسلام : قد ملكتكها بما معك من القرآن، ويروى « أنكحتكها وزوجتكها » ح عن الزيلعى ، (قوله للسببية أو للتعليل) أى بسبب أو لأجل أنك من أهل القرآن فليست الباء متعينة للعوض (قوله لكن فى النهر) أصله لصاحب البحر حيث قال : وسيأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب الإجارات أن الفتوى على جواز الاستئجار لتعليم القرآن والفقه، فينبغى أن يصح تسميته مهرا ، لأن ماجاز أخذ الأجرة فى مقابلته من المنافع جاز تسميته صداقا كما قدمنا ، نقله عن البدائع ، ولهذا ذكر فى فتح القدير هنا أنه لما جوز الشافعى أخذ الأجر على تعليم القرآن صحح تسميته مهرا فكذا نقول يلزم على المفتى به صحة تسميته صداقا ، ولم أر من تعرّض له ، والله الموفق للصواب اه .

واعترضه المقدسى بأنه لاضرورة تلجئ إلى صحة تسميته بل تسمية غيره تغنى ، بخلاف الحاجة إلى تعليم القرآن فإنها تحققت للتكاسل عن الخيرات فى هذا الزمان اه . وفيه أن المتأخرين أفتوا بجواز الاستئجار على التعليم للضرورة كما صرحوا به ، ولهذا لم يجز على مالا ضرورة فيه كالتلاوة ونحوها ، ثم الضرورة إنما هى علة لأصل جواز الاستئجار ، ولا يلزم وجودها فى كل فرد من أفراده ، وحيث جاز على التعليم للضرورة صحت تسميته مهرا لأن منفعته تقابل بالمال كسكنى الدار ، ولم يشترط أحد وجود الضرورة فى المسمى ، إذ يلزم أن يقال مثله فى تسمية السكنى مثلا أن تسمية غيرها تغنى عنها مع أن الزوجة قد تكون محتاجة إلى التعليم دون السكنى والمال .

واعترض أيضا فى الشرنبلالية بأنه لايصح تسمية التعلم لأنه خدمة لها وليست من مشترك مصالحهما : أى بخلاف رعى غنمها وزراعة أرضها، فإنه وإن كان خدمة لها لكنه من المصالح المشتركة بينه وبينها . وأجاب تلميذه الشيخ عبد الحى بأن الظاهر عدم تسليم كون التعليم خدمة لها ، فليس كل خدمة لا تجوز، وإنما يمتنع لو كانت الخدمة للترذيل . قال ط : وهو حسن لأن معلم القرآن لايعدّ خادما للمتعلم شرعا ولا عرفا اه .

قلت : ويؤيده أنهم لم يجعلوا استئجار الابن أباه لرعى الغنم والزراعة خدمة ، ولو كان رعى الغنم خدمة أو رذيلة لم يفعله نبينا وموسى عليهما الصلاة والسلام، بل هو حرفة كباقى الحرف الغير المسترذلة يقصد بها الاكتساب فكذا التعليم لايسمى خدمة بالأولى .

[تنبيه] قال فى النهر : والظاهر أنه يلزمه تعليم كل القرآن إلا إذا قامت قرينة على إرادة البعض ، والحفظ ليس من مفهومه كما لا يخفى اه : أى فلا يلزمه تعليمه على وجه الحفظ عن ظهر قلبها (قوله ولها خدمته) لأن الخدمة إذا كانت بإذن المولى صار كأنه يخدم المولى حقيقة بحر ، فليس فيه قلب الموضوع اه ح ولأن استخدام زوجته إياه ليس بحرام، لأنه عرضة للاستخدام والابتذال لكونه مملوكا ملحقا بالبهائم بدائع (قوله مأذونا فى ذلك) أى فى التزوج على خدمته، فلو بلا إذن مولاه لم يصح العقد (قوله أما الحر) أى الزوج الحر (قوله فخدمته لها حرام) أى إذا خدمها فيما يخصها على الظاهر ولو من غير استخدام، يدل على ذلك عطف الاستخدام عليه ط (قوله وكذا استخدامه) صرح به فى البدائع أيضا . وقال : ولهذا لايجوز للابن أن يستأجر أباه للخدمة . قال فى البحر : وحاصله أنه يحرم عليها الاستخدام ، ويحرم عليه الخدمة (قوله فيما إذا لم يسمّ مهرا) أى لم يسمه تسمية صحيحة أو سكت عنه نهر ، فدخل فيه مالو سمى غير مال كخمر ونحوه ، أو مجهول الجنس كدابة وثوب .

(أو نفى إن وطئ) الزوج (أو مات عنها إذا لم يتراضيا على شيء) يصلح مهراً (وإلا فذلك) الشيء (هو الواجب، أوسمى خمراً أو خنزيرا أو هذا الخل وهو خمر أو هذا العبد وهو حر) لتعذر التسليم (أو دابة) أو ثوباً أو دارا و (لم يبين جنسها) لفحش الجهل

قال فى البحر : ومن صور ذلك ما إذا تزوجها على ألف على أن ترد إليه ألفا ، أو تزوجها على عبدها أوقالت زوّجتك نفسى بخمسين دينارا وأبرأتك منها فقبل ، أو تزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم رجل آخر ، أو على مافى بطن جاريته أو أغنامه ، أو على أن يهب لأبيها ألف درهم ، أو على تأخير الدين عنها سنة والتأخير باطل ، أوعلى إبراء فلان من الدين ، أو على عتق أخيها أو طلاق ضرتها ؛ وليس منه مالو تزوّجها على عبد الغير لوجوب قيمته إذا لم يجز مالكه ، أو على حجة لوجوب قيمة حجة وسط ، لامهر المثل والوسط بركوب الراحلة ، أو على عتق أخيها عنها لثبوت الملك لها فى الأخ اقتضاء ، أو تزوّجته بمثل مهر أمها وهو لايعلمه لأنه جائز بمقداره ، وله الخيار إذا علم اهـ ملخصا باختصار (قوله أو نفى) بأن تزوّجها على أن لامهر لها ط (قوله إن وطئ الزوج) أى ولو حكما نهر أى بالخلوة الصحيحة فإنها كالوطء فى تأكد المهر كما سيأتى (قوله أو مات عنها) قال فى البحر : لوقال أو مات أحدهما لكان أولى لأن موتها كموته كما فى التبيين اهـ .

واعلم أنه إذا ماتا جميعا فعنده لايقضى بشيء ، وعندهما يقضى بمهر المثل . قال السرخسى : هذا إذا تقدم العهد بحيث يتعذر على القاضى الوقوف على مهر المثل ، أما إذا لم يتقادم يقضى بمهر المثل عنده أيضا حموى عن البرجندى أبو السعود .

[تنبيه] استفتى الشيخ صالح ابن المصنف من الخير الرملى عما لو طلبت المرأة مهر مثلها قبل الوطء أو الموت هل لها ذلك أم لا ؟ فأجابه بما فى الزيلعى من أن مهر المثل يجب بالعقد ، ولهذا كان لها أن تطالبه به قبل الدخول ، فيتأكد ويتقرر بموت أحدهما أو بالدخول على مامر فى المهر المسمى فى العقد اهـ . وبه صرح الكمال وابن ملك وغيرهما ، وقد بسط ذلك فى الخيرية فراجعها (قوله إذا لم يتراضيا) أى بعد العقد (قوله وإلا) بأن تراضيا على شيء فهو الواجب بالوطء أو الموت أما لو طلقها قبل الدخول فتجب المتعة كما يأتى فى قوله : وما فرض بعد العقد أو زيد لاينصف (قوله أو سمى خمرا أو خنزيرا) أى سمى المسلم لأن الكلام فيه ، أما غير المسلم فسيأتى فى بابه ، وكذا الميتة والدم بالأولى لأنه ليس بمال أصلا ، وشمل مالو كانت الزوجة ذمية لأنه لايمكن إيجاب الخمر على المسلم ، لأنها ليست بمال فى حقه وخرج مالو سمى عشرة دراهم ورطل خمر فلها المسمى ولا يكمل مهر المثل بحر ملخصا (قوله أو هذا الخل وهو خمر الخ) أى يجب مهر المثل إذا سمى حلالا وأشار إلى حرام عند أبى حنيفة ، فلو بالعكس كهذا الحر فإذا هو عبد لها العبد المشار إليه فى الأصح ، وأشار إلى وجوب مهر المثل بالأولى لو كانا حرامين ، ولو كانا حلالين وقد اختلفا جنسا كما إذا قال على هذا الدن من الخل فإذا هو زيت وعلى هذا العبد فإذا هو جارية كان لها مثل الدن خلا وعبد بقيمة الجارية كما فى الذخيرة إلا أن الذى فى الخانية أن لها مثل ذلك المسمى ، ومقتضاه وجوب عبد وسط أو قيمته ولا ينظر إلى قيمة الجارية بحر ونهر ملخصا .

قال فى البحر : فصار الحاصل أن القسمة رباعية ، لأنهما إما أن يكونا حرامين أو حلالين أو مختلفين فيجب مهر المثل فيما إذا كانا حرامين أو المشار إليه حراما ، وتصح التسمية فى الباقيين . قال : وأشار المصنف بوجوب مهر المثل عينا إلى أن المشار إليه لو كان حرا حربيا فاسترق وملكه الزوج لايلزمه تسليمه . وفى الأسرار أنه متفق عليه ، وكذا الخمر لو تخللت لم يجب تسليمها (قوله أو دابة أو ثوبا) لأن الثياب أجناس كالحيوان والدابة ، فليس البعض

(و) تجب (متعة لمفوضة) وهى من زوّجت بلا مهر (طلقت قبل الوطء ، وهى درع وخمار وملحفة لاتزيد على نصفه) أى نصف مهر المثل لو الزوج غنياً (ولا تنقص عن خمسة دراهم) لو فقيرا

أولى من البعض بالإرادة فصارت الجهالة فاحشة بحر ، ثم ذكر تعريف الجنس عند الفقهاء ، وسيأتى الكلام عليه عند قول المصنف ولو تزوجها على فرس فالواجب الوسط أو قيمته .

مطلب فى أحكام المتعة

(قوله وتجب متعة لمفوضة) بكسر الواو ، من فوّضت أمرها لوليها وزوجها بلا مهر ، وبفتحها من فوضها وليها إلى الزوج بلا مهر .

واعلم أن الطلاق الذى تجب فيه المتعة مايكون قبل الدخول فى نكاح لاتسمية فيه سواء فرض بعده أولا أو كانت التسمية فيه فاسدة كما فى البدائع . قال فى البحر : وإنما تجب فيما لم تصح فيه التسمية من كل وجه ، فلو صحت من وجه دون وجه لاتجب المتعة وإن وجب مهر المثل بالدخول ، كما إذا تزوجها على ألف درهم وكرامتها أو على ألف وأن يهدى لها هدية ، فإذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف الألف لا المتعة مع أنه لو دخل بها وجب مهر المثل لاينقص عن الألف كما فى غاية البيان ، لأن المسمى لم يفسد من كل وجه لأنه على تقدير كرامتها والإهداء يجب الألف لامهر المثل اهـ . وقدمنا عن البدائع فى تعليل ذلك أنه لامدخل لمهر المثل فى الطلاق قبل الدخول (قوله طلقت قبل الوطء) أى والخلوة بحر ، وقد مر أنها وطء حكما ، والمراد بالطلاق فرقة جاءت من قبل الزوج ولم يشاركه صاحب المهر فى سببها طلاقا كانت أو فسخا : كالطلاق والفرقة بالإيلاء واللعان ، والجب والعنة والردة : وإبائه الإسلام وتقبيله ابنتها أو أمها بشهوة ؛ فلو جاءت من قبلها : كردتها وإبائها الإسلام ، وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع ، وخيار البلوغ والعتق ، وعدم الكفاءة فإنه لامتعة لها لا وجوبا ولا استحبابا كما فى الفتح كما لايجب نصف المسمى لو كان وخرج مالو اشترى هو أو وكيله منكوحته من المولى فإن مالك المهر يشارك الزوج فى السبب وهو الملك فلذا لاتجب المتعة ولانصف المسمى ؛ بخلاف مالو باعها المولى من رجل ثم اشتراها الزوج منه فإنها واجبة كما فى التبيين بحر (قوله وهى درع الخ) الدرع : بكسر المهملة ماتلبسه المرأة فوق القميص كما فى المغرب ، ولم يذكره فى الذخيرة وإنما ذكر القميص وهو الظاهر بحر .

وأقول : درع المرأة قيصها والجمع أدرع ؛ وعليه جرى العينى ، وعزاه فى البناية لابن الأثير ، فكونه فى الذخيرة لم يذكره مبنى على تفسير المغرب . والخمار : ماتغطى به المرأة رأسها . والملحفة : بكسر الميم ماتلتحف به المرأة من قرنها إلى قدمها . قال فخر الإسلام ، هذا فى ديارهم ، أما فى ديارنا فيزاد على هذا إزار ومكعب كذا فى الدراية ولايخفى إغناء الملحفة عن الإزار ، إذ هى بهذا التفسير إزار إلا أن يتعارف تغايرهما كما فى مكة المشرفة ، ولو دفع قيمتها أجبرت على القبول كما فى البدائع نهر ، وما ذكر من الأثواب الثلاثة أدنى المتعة شرنبلالية عن الكمال . وفى البدائع وأدنى ماتكتسى به المرأة وتستربه عند الخروج ثلاثة أثواب اهـ .

قلت : ومقتضى هذا مع مامر عن فخر الإسلام من أن هذا فى ديارهم الخ أن يعتبر عرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسى به المرأة عند الخروج تأمل .

ثم رأيت بعض المحشين قال : وفى البرجندى قالوا : هذا فى ديارهم ، أما فى ديارنا فينبغى أن يجب أكثر من ذلك لأن النساء فى ديارنا تلبس أكثر من ثلاثة أثواب فيزاد على ذلك إزار ومكعب اهـ . وفى القاموس : المكعب الموشى من البرود والأثواب اهـ . أى المنقوش (قوله لاتزيد على نصفه الخ) فى الفتح عن الأصل والمبسوط : المتعة لاتزيد

(وتعتـبر) المتعة (بحالهما) كالنفقة به يفتى (وتستحب المتعة لمن سواها) أى المفوّضة (إلا من سمى لها مهر وطلقت قبل وطء) فلا تستحب لها بل للموطوءة سمى لها مهر أولا ، فالمطلقات أربع (وما فرض) بتراضيهما أو بفرض قاض مهر المثل (بعد العقد) الخالى عن المهر (أو زيد) على ماسمى فإنها تلزمه

على نصف مهر المثل لأنها خلفه ، فإن كانا سواء فالواجب المتعة لأنها الفريضة بالـكتاب العزيز ، وإن كان النصف أقل منها فالواجب الأقل إلا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة اه . وقول الشارح أوّلا : لو الزوج غنيا وثانيا لو فقيرا لم يظهر لى وجهه بل الظاهر أنه مبنى على القول باعتبار حال الزوج فى المتعة ، وهو خلاف مابعده فليتأمل (قوله وتعتبر المتعة بحالها) أى فإن كانا غنيين فلها الأعلى من الثياب ، أو فقيرين فالأدنى ، أو مختلفين فالوسط وما ذكره قول الخصاف . وفى الفتح : إنه الأشبه بالفقه . والـكرخى : اعتبر حالها ، واختاره القدورى ، والإمام السرخسى اعتبر حاله ، وصححه فى الهداية .

قال فى البحر : فقد اختلف الترجيح . والأرجح قول الخصاف ، لأن الولوالجى صححه وقال وعليه الفتوى كما أفتوا به فى النفقة ، وظاهر كلامهم أن ملاحظة الأمرين ، أى أنها لاتزاد على نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم معتبرة على جميع الأقوال كما هو صريح الأصل والمبسوط اه :

وذكر فى الذخيرة اعتبار كون المتعة وسطا لابغاية الجودة ولا بغاية الرداءة . واعترضه فى الفتح بأنه لايوافق رأيا من الثلاثة .

وأجاب فى البحر بأنه موافق للـكل ، فعلى القول باعتبار حالها لو فقيرة لها كرباس وسط ، ولو متوسطة فقزّ وسط ، ولو مرتفعة فإبريسم وسط ، وكذا يقال على القول باعتبار حاله ، وكذا على قول من اعتبر حالهما لو فقيرين فلها كرباس وسط أو غنيين فإبريسم وسط أو مختلفين فقزّ وسط اه . وفى النهر : إن حمل مافى الذخيرة على هذا ممكن . واعتراض الفتح عليه وارد من حيث الإطلاق فإنه يفيد أنه يجب من القزّ أبدا (قوله أى المفوّضة) تفسير للضمير المجرور فى سواها ، وإنما أخرجها لأن متعتها واجبة كما علمت (قوله إلا من سمى لها مهر الخ) هذا على مافى بعض نسخ القدورى ، ومشى عليه صاحب الدرر ، لـكن مشى فى الكنز والملتقى على أنها تستحب لها ، ومثله فى المبسوط والمحيط ، وهو رواية التأويلات وصاحب التيسير والـكشاف والمختلف كما فى البحر .

قلت : وصرح به أيضا فى البدائع ، وعزاه فى المعراج إلى زاد الفقهاء وجامع الإسبيجابى . وعن هذا قال فى شرح الملتقى إنه المشهور . وقال الخير الرملى إن مافى بعض نسخ القدورى لايصادم مافى المبسوط والمحيط :

قلت : فـكيف مع ماذكر فى هذه الكتب . وعليه فـكان ينبغى للمصنف إسقاط هذا الاستثناء .

وفى البحر : وقدمنا أن الفرقة إذا كانت من قبلها قبل الدخول لاتستحب لها المتعة أيضا لأنها الجانية (قوله بل للموطوءة الخ) أى بل يستحب لها قال فى البدائع : وكل فرقة جاءت من قبل الزوج بعد الدخول تستحب فيها المتعة إلا أن يرتد أو يأبى الإسلام ، لأن الاستحباب طلب الفضيلة والكافر ليس من أهلها (قوله فالمطلقات أربع) أى مطلقة قبل الوطء أو بعده سمى لها أولا . فالمطلقة قبله إن لم يسم لها فمتعتها واجبة ، وإن سمى فغير واجبة ولا مستحبة أيضا على ماهنا . والمطلقة بعده متعتها مستحبة ، سمى لها أولا (قوله أو بفرض قاض مهر المثل) بنصب مهر مفعول فرض . قال فى البدائع : لو تزوجها على أن لامهر لها وجب مهر المثل بنفس العقد عندنا ، بدليل أنها لو طلبت الفرض من الزوج يجب عليه الفرض ، حتى لو امتنع يجبره القاضى عليه ، ولو لم يفعل ناب منابه فى الفرض ، وهـذا دليل الوجوب قبل الفرض (قوله فإنها تلزمه) أى الزيادة إن وطء أو مات عنها ، وهذا

بشرط قبولها فى المجلس أو قبول ولى الصغيرة ومعرفة قدرها وبقاء الزوجية على الظاهر نهر .

وفى الكافى : جدد النكاح بزيادة ألف لزمه ألفان على الظاهر :

التفريع مستفاد من مفهوم قوله لاينصف . أى بالطلاق قبل الدخول ، فيفيد لزومه وتأكده بالدخول ومثله الموت (قوله بشرط قبولها الخ) أفاد أنها صحيحة ولو بلا شهود أو بعد هبة المهر والإبراء منه وهى من جنس المهر أو من غير جنسه بحر ، وسواء كانت من الزوج أو ولى ، فقد صرحوا بأن الأب والجد لو زوّج ابنه ثم زاد فى المهر صح نهر . وفى أنفع الوسائل : ولا يشترط فيها لفظ الزيادة بل تصح بلفظها ، وبقوله راجعتك بكذا إن قبلت وإن لم يكن بلفظ زدتك فى مهرك ، وكذا بتجديد النكاح وإن لم يكن بلفظ الزيادة على خلاف فيه ، وكذا لو أقر لزوجته بمهر وكانت قد وهبته له فإنه يصح إن قبلت فى مجلس الإقرار وإن لم يكن بلفظ الزيادة (قوله ومعرفة قدرها) أى الزيادة ، فلو قال زدتك فى مهرك ولم يعين لم تصح الزيادة للجهالة كما فى الوقعان بحر (قوله وبقاء الزوجية الخ) أى الذى فى البحر أن الزيادة بعد موتها صحيحة إذا قبلت الورثة عند أبى حنيفة خلافا لهما كما فى التبيين من البيوع اهـ وعزاه فى أنفع الوسائل إلى القدورى ، ثم قال : ولم يذكر الزيادة بعد الطلاق البائن وانقضاء العدة فى الرجعى . والظاهر أنه يجوز عنده بالأولى لأنه بالموت انقطع النكاح وفات محل التمليك وبعد الطلاق المحل باق ، وقد ثبت لها ذلك عنده فى الموت ، ففى الطلاق أولى . وما ذكره فى البحر المحيط من رواية بشر عن أبى يوسف من أن الزيادة بعد الفرقة باطلة يحمل على أنه قول أبى يوسف وحده لأنه خالف أبا حنيفة فى الزيادة بعد الموت فيكون قد مشى على أصله ، ولم ينقل عن الإمام فى الزيادة بعد البينونة شىء ، فيحمل الجواب فيه على مانقل عنه فى الزيادة بعد الموت اهـ وتبعه فى البحر . قال فى النهر : والظاهر عدم الجواز بعد الموت والبينونة ، وإليه يرشد تقييد المحيط بحال قيام النكاح ، إذ نقلوا أن ظاهر الرواية أن الزيادة بعد هلاك المبيع لاتصح ، وفى رواية النوادر : تصح ، ومن ثم جزم فى المعراج وغيره بأن شرطها بقاء الزوجية ، حتى لو زادها بعد موتها لم تصح والالتحاق بأصل العقد وإن كان يقع مستندا إلا أنه لابد أن يثبت أولا فى الحال ثم يستند ، وثبوته متعذر لإنتفاء المحل فتعذر استناده ، وما ذكره القدورى موافق لرواية النوادر اهـ . قال ط : والذى يظهر أن مافى المحيط والمعراج مخرّج على قولهما فلا ينافى مافى التبيين ، وكون ظاهر الرواية عدم صحة الزيادة بعد هلاك المبيع لايقتضى أن يكون ظاهر الرواية هنا لفرق بين الفصلين قام عند المجتهد فإنه فى النكاح أمر الله تعالى بعدم نسيان الفضل بين الزوجين وهذه الزيادة من مراعاة الفضل ، يؤيده مشروعية المتعة فيه بخلاف البيع اهـ (قوله وفى الكافى الخ) حاصل عبارة الكافى : تزوجها فى السر بألف ثم فى العلانية بألفين ظاهر المنصوص فى الأصل أنه يلزم عنده الألفان ويكون زيادة فى المهر . وعند أبى يوسف المهر هو الأول ، لأن العقد الثانى لغو . فيلغو مافيه . وعند الإمام أن الثانى وإن لغا لايلغو مافيه من الزيادة ، كمن قال لعبده الأكبر سنا منه هذا ابنى لما لغا عندهما لم يعتق العبد . وعنده وإن لغا فى حكم النسب يعتبر فى حق العتق كذا فى المبسوط اهـ . وذكر فى الفتح أن هذا إذا لم يشهدا على أن الثانى هزل وإلا فلا خلاف فى اعتبار الأول ، فلو ادعى الهزل لم يقبل بلا بينة ثم ذكر أن بعضهم اعتبر مافى العقد الثانى فقط بناء على أن المقصود تغيير الأول إلى الثانى ، وبعضهم أوجب كلا المهرين ، لأن الأول ثبت ثبوتا لامرد له والثانى زيادة عليه فيجب بكماله :

ثم ذكر أن قاضيخان أفتى بأنه لايجب بالعقد الثانى شىء مالم يقصد به الزيادة فى المهر ، ثم وفق بينه وبين إطلاق الجمهور اللزوم بحمل كلامه على أنه لايلزم عند الله تعالى فى نفس الأمر إلا بقصد الزيادة وإن لزم فى حكم الحاكم لأنه يؤاخذه بظاهر لفظه إلا أن يشهد على الهزل ، وأطال الكلام فراجعه :

وفى الخانية : ولو وهبته مهرها ثم أقر بكذا من المهر وقبلت صح ، ويحمل على الزيادة .
وفى البزازية : الأشبه أنه لايصح بلا قصد الزيادة (لاينصف) لاختصاص التنصيف بالمفروض فى العقد بالنص ، بل تجب المتعة فى الأول ونصف الأصل فى الثانى .
(وصح حطها) لكله أو بعضه (عنه) قبل أولا ، ويرتد بالرد كما فى البحر .

أقول : بقى ماإذا جدد بمثل المهر الأول ، ومقتضى مامر من القول باعتبار تغيير الأول إلى الثانى أنه لايجب بالثانى شىء هنا إذ لازيادة فيه ، وعلى القول الثانى يجب المهران .

[تنبيه] فى القنية : جدد للحلال نكاحا بمهر يلزم إن جدده لأجل الزيادة لااحتياطا اه أى لو جدده لأجل الاحتياط لاتلزمه الزيادة بلا نزاع كما فى البزازية . وينبغى أن يحمل على ماإذا صدقته الزوجة أو أشهد ، وإلا فلا يصدق فى إرادته الاحتياط كما مر عن الجمهور ، أو يحمل على ماعند الله تعالى ، وسيأتى تمام الكلام على مسألة مهر السر والعلانية فى آخر هذا الباب (قوله ويحمل على الزيادة) لوجوب تصحيح التصرف ماأمكن ، واشترط القبول لأن الزيادة فى المهر لاتصح إلا به فتح عن التجنيس (قوله وفى البزازية) استدراك على مافى الخانية وأقره فى النهر ، لكن ارتضى فى الفتح مافى الخانية ، وهو الأوجه لأنه حيث ثبت جواز الزيادة فى المهر يحمل كلامه عليها بقرينة الهبة الدالة على إرادة الزيادة على ماكان عليه لقصد التعويض عنه ، فلا يصدق فى أنه لم يرد الزيادة تأمل (قوله لاينصف) أى بالطلاق قبل الدخول بحر ، وهذا خبر قوله وما فرض الخ (قوله بالمفروض) متعلق باختصاص ، وقوله فى العقد متعلق بالمفروض ، وقوله بالنص : أى قوله تعالى - فنصف مافرضتم - متعلق باختصاص : أى وما فرض بعد العقد أو زيد بعده ليس مفروضا فى العقد (قوله بل تجب المتعة فى الأول) أى فيما لو فرض بعد العقد ، لأن هذا الفرض تعيين للواجب العقد وهو مهر المثل وذلك لاينتصف ، فكذا مانزل منزلته نهر . وعند أبى يوسف لها نصف مافرض ، والأول أصح كما فى شرح الملتقى (قوله ونصف الأصل فى الثانى) أى فيما لو زاد بعد العقد .

مطلب فى حط المهر والابراء منه

(قوله وصح حطها) الحط : الإسقاط كما فى المغرب ، وقيد بحطها لأن حط أبيها غير صحيح لو صغيرة ، ولو كبيرة توقف على إجازتها ، ولابد من رضاها .

فى هبة الخلاصة خوّفها بضرب حتى وهبت مهرها لم يصح لو قادرا على الضرب اه . ولو اختلفا فالقول لمدعى الإكراه ولو برهنا فبينة الطوع أولى قنية وأن لاتكون مريضة مرض الموت . ولو اختلف مع ورثتها فالقول للزوج أنه كان فى الصحة لأنه ينكر المهر خلاصة . ولو وهبته فى مرضها فمات قبلها فلا دعوى لها بل لورثتها بعد موتها ، وتمام الفروع فى البحر (قوله لكله أو بعضه) قيده فى البدائع بما إذا كان المهر دينا أى دراهم أودنانير لأن الحط فى الأعيان لايصح بحر . ومعنى عدم صحته أن لها أن تأخذه منه مادام قائما ، فلو هلك فى يده سقط المهر عنه لما فى البزازية : أبرأتك عن هذا العبد يبقى العبد وديعة عنده اه نهر (قوله ويرتد بالرد) أى كهبة الدين ممن عليه الدين ذكره فى أنفع الوسائل بحثا وقال لم أره . واستدل له فى البحر بما فى مداينات القنية ، قالت لزوجها أبرأتك ولم يقل قبلت ، أو كان غائبا فقالت أبرأت زوجى يبرأ إلا إذا رده اه . قال فى النهر : ولا يخفى أن المدعى إنما هو رد الحط وكأنه نظر إلى أن الحط إبراء معنى .

(والخلوة) مبتدأ خبره قوله الآتى كالوطء (بلا مانع حسى) كمرض لأحدهما يمنع الوطء (وطبعى) كوجود ثالث عاقل ذكره ابن الكمال ، وجعله فى الأسرار من الحسى ، وعليه فليس للطبعى مثال مستقل (وشرعى) كإحرام لفرض أو نفل .

(و) من الحسى (رتق) بفتحتين : التلاحم (وقرن) بالسكون : عظم (وعفل) بفتحتين : غدة (وصغر) ولو بزوج (لايطاق معه الجماع

(قوله كمرض لأحدهما يمنع الوطء) أى أو يلحقه به ضرر . قال الزيلعى : وقيل هذا التفصيل فى مرضها ، وأما مرضه فمانع مطلقا لأنه لايعرى عن تكسر وفتور عادة وهو الصحيح اهـ ومثله فى الفتح والبحر والنهر .

قلت : إن كان التكسر والفتور منه مانعا من الوطء أو مضرا له كان مثل المرأة فى اشتراط المنع أو الضرر وإلا فهو كالصحيح ، فما وجه كون مرضه مانعا من صحة الخلوة ، إلا أن يقال المراد أن مرضه فى العادة يكون مانعا من وطئه فلا فائدة فى ذكر التفصيل فيه ، بخلاف مرضها فتأمل .

مطلب فى أحكام الخلوة

(قوله وجعله فى الأسرار من الحسى) قلت : وجعله فى البحر مانعا لتحقق الخلوة حيث ذكر أن لإقامة الخلوة مقام الوطء شروطا أربعة : الخلوة الحقيقية ، وعدم المانع الحسى أو الطبعى أو الشرعى ، فالأول للاحتراز عما إذا كان هناك ثالث فليست بخلوة ، وعن مكان لايصلح للخلوة كالمسجد والطريق العام والحمام الخ .

ثم ذكر عن الأسرار أن هذين من المانع الحسى ، وعليه فالمانع الحسى مايمنعها من أصلها أو مايمنع صحتها بعد تحققها كالمرض فافهم (قوله فليس للطبعى مثال مستقل) فإنهم مثلوا للطبعى بوجود ثالث وبالحيض أو النفاس مع أن الأولى منهى شرعا وينفر الطبع عنه فهو مانع حسى طبعى شرعى ، والثانى طبعى شرعى ، نعم سيأتى عن السرخسى أن جارية أحدهما تمنع بناء على أنه يمتنع من وطء الزوجة بحضرتها طبعا مع أنه لابأس به شرعا ، فهو مانع طبعى لاشرعى ، لكنه حسى أيضا فافهم (قوله كإحرام لفرض أو نفل) لحج أو عمرة قبل وقوف عرفة أو بعده قبل طواف . وأطلق فى إحرام النفل فعم ما إذا كان بإذنه أو بغير إذنه ، وقد نصوا على أنه له أن يحللها إذا كان بغير إذنه ط .

قلت : فالظاهر أن التعميم الأخير غير مراد لأن العلة الحرمة وهى مفقودة (قوله ومن الحسى الخ) لما كان ظاهر العطف يقتضى أن الرتق وما عطف عليه يخرج عن الموانع الثلاثة مع أنها من الحسى قدره الشارح ط (قوله بالسكون) نقل الخير الرملى عن شرح الروض للقاضى زكريا أن القرن بفتح رائه أرجح من إسكانها (قوله عظم) فى البحر عن المغرب : القرن فى الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحم أو عظم ، وامرأة رتقاء بها ذلك اهـ ومقتضاه ترادف القرن والرتق (قوله وعفل) بالعين المهملة والفاء . وقوله غدة بالغين المعجمة : أى فى خارج الفرج . فى القاموس أنه شىء يخرج من قبل المرأة شبيه بالأدرة للرجال (قوله ولو بزوج) الباء للمصاحبة : أى ولو كان الصغر مصاحب الزوج ؛ يعنى لافرق بين أن يكون الزوج أو الزوجة أو كل منهما صغيرا اهـ . قال فى البحر : وفى خلوة الصغير الذى لايقدر على الجماع قولان ، وجزم قاضيخان بعدم الصحة فكان هو المعتمد ولذا قيد فى الذخيرة بالمراهق اهـ وتجب العدة بخلوته وإن كانت فاسدة ، لأن تصريحهم بوجوبها بالخلوة الفاسدة شامل لخلوة الصبى كذا فى البحر من باب العدة (قوله لايطاق معه الجماع) وقدرت الإطاقة بالبلوغ ، وقيل بالتسع ، والأولى عدم التقدير كما قدمناه . ولو قال الزوج تطيقه وأراد الدخول وأنكر الأب

و) بلا (وجود ثالث معهما ولو نائما أو أعمى (إلا أن يكون) الثالث (صغيرا لايعقل بأن لايعبر عما يكون بينهما (أو مجنونا أو مغمى عليه) لكن فى البزازية : إن فى الليل صحت لافى النهار ، وكذا الأعمى فى الأصح (أو جارية أحدهما) فلا تمنع ، به يفتى مبتغى (والكلب يمنع إن) كان (عقورا) مطلقا. وفى الفتح: وعندى أن كلبه لايمنع مطلقا (أو) كان (للزوجة وإلا) يكن عقورا وكان له (لا) يمنع ، وبقى منه

فالقاضي يربها لنساء ولم يعتبر السن كذا في الخلاصة بحر (قوله وبلا وجود ثالث) قدر قوله بلا ليكون عطفا على قوله بلا مانع حسى بناء على أنه طبعى فقط ، لكن علمت مافيه . قال ط : ولا يتكرر مع ماتقدم لأن ذاك تمثيل من الشارح وهذا من المصنف تقييد (قوله ولو نائما أو أعمى) لأن الأعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم فتح ، ودخل فيه الزوجة الأخرى وهو المذهب ، بناء على كراهة وطئها بحضرة ضرتها بحر .

قلت : وفى البزازية من الحظر والإباحة. ولابأس بأن يجامع زوجته وأمته بحضرة النائمين إذا كانوا لايعلمون به ، فإن علموا كره اه ومقتضاه صحة الخلوة عند تحقق النوم تأمل .

وفى البحر : وفصل فى المبتغى فى الأعمى، فإن لم يقف على حالة تصح ، وإن كان أصم إن كان نهارا لاتصح وإن كان ليلا تصح اه .

قلت : الظاهر أنه أراد بالأصم غير الأعمى ، أما لوكان أعمى أيضا فلا فرق فى حقه بين النهار والليل تأمل (قوله والمجنون والمغمى عليه) وقيل يمنعان فتح. قلت: يظهر لى المنع فى المجنون لأنه أقوى حالا من الكلب العقور تأمل (قوله وكذا الأعمى(١)) قد علمت مافيه من أنه لايظهر الفرق بين الليل والنهار فى حقه تأمل (قوله به يفتى) زاد فى البحر عن الخلاصة أنه المختار ، ثم قال : وجزم الإمام السرخسى فى المبسوط بأن كلا منهما يمنع ، وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه لأنه يمتنع من غشيانها بين يدى أمته طبعا اه أى وكذا بين يدى أمتها بالأولى لأنها أجنبية لاتحل له . قلت: وجزم به أيضا الإمام قاضيخان فى شرح الجامع . وفى البدائع: لوكان الثالث جارية له ، روى أن محمدا كان يقول أولا تصح خلوته ثم رجع وقال لاتصح اه ولعل وجه الأول ماصرحوا به من أنه لابأس بوطء المنكوحة بمعاينة الأمة دون عكسه ، لكن هذا يظهر فى أمته دون أمتها، على أن نفى البأس شرعا لايلزم منه عدم نفرة الطباع السليمة عنه ، وحيث كان هو المنقول عن أئمتنا الثلاثة كما مر ، وعزاه أيضا فى الفتاوى الهندية إلى الذخيرة والمحيط . والخانية : لاينبغى العدول عنه لموافقته الدراية والرواية ، ولذا قال الرحمتى : العجب كيف يجعل المذهب المفتى به ماهو خلاف قول الإمام وصاحبيه مع عدم اتجاهه فى المعنى (قوله إن كان عقورا مطلقا) أى سواء كان كلبه أو كلبها (قوله لايمنع مطلقا) أى عقورا أولا ، وعلله فى الفتح بقوله لأن الكلب قط لايعتدى على سيده ولا على من يمنعه سيده عنه اه : وحينئذ فلو رآه الكلب فوقها يكون سيده فى صورة الغالب لها فلا يعد وعليه ، وكذا لو أمرها الزوج أن تكون فوقه ، لأنها وإن كانت فى صورة الغالبة له وأمكن أن يعدو عليها الكلب لكن يمنعه سيده عنها فتصح الخلوة فافهم (قوله أوكان للزوجة) أى أوكان غير عقور وكان للزوجة فإنه يكون مانعا لكن مقتضى ماعلل به فى الفتح أنه لافرق بين كلبه وكلبها لأن كلبها وإن رآها تحت الزوج يمكن أن تمنعه عنه فلا يعدو عليه فتصح الخلوة تأمل (قوله وكان له) بالواو . وفى بعض النسخ بأو وهو تحريف اه ح أى لأن الصور أربع : عقور له أو لها وغير عقور كذلك ، فذكر أولا أن المانع ثلاث صور : عقور مطلقا ، وغير عقور هو لها وبقى غير مانع : الصورة الرابعة هى أن يكون غير عقور وكان له (قوله وبقى الخ) وبقى أيضا من المانع الشرعى أن يعلق طلاقها بخلوتها فإذا خلا بها طلقت فيجب نصف المهر لحرمة وطئها بحر عن الواقعات .

---

(١) (قوله والمجنون والمغمى عليه) كذا بخط المحشى ، وهو غير موافق لقول المصنف أو مجنونا الخ كتبه نصر .

عدم صلاحية المكان كمسجد وطريق وحمام وصحراء وسطح وبيت بابه مفتوح ، وما إذا لم يعرفها .

(وصوم التطوع والمنذور والكفارات والقضاء غير مانع لصحتها) فى الأصح ، إذ لا كفارة بالإفساد . ومفاده أنه لو أكل ناسيا فأمسك فخلا بها

قال : وزاد فى البزازية والخلاصة أنه لا تجب العدة فى هذا الطلاق لأنه يتمكن من الوطء ، وسيأتى وجوبها فى الخلوة الفاسدة على الصحيح فتجب العدة هنا احتياطا اه ومشى الشارح فيما سيأتى بعد صفحة على ما فى البزازية ، ويأتى تمام الكلام فيه ، وسيأتى أيضا عند قوله ولو افترقا أن امتناعها من تمكينه فى الخلوة يمنع صحتها لو كانت ثيبا لا لو بكرا (قوله عدم صلاحية المكان) أى للخلوة وصلاحيته ، بأن يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما كالدار والبيت ولو لم يكن له سقف ، وكذا المحل الذى عليه قبة مضروبة والبستان الذى له باب مغلق ، بخلاف ما ليس له باب وإن لم يكن هناك أحد بحر ؛ ولو كانا فى مخزن من خان يسكنه الناس فرد الباب ولم يغلق والناس قعود فى فى وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت ، وإن كانوا مترصدين فلا فتح (قوله كمسجد وطريق) لأن المسجد مجمع الناس فلا يأمن الدخول عليه ساعة فساعة وكذا الوطء فيه حرام . قال تعالى — ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد — والطريق ممر الناس عادة وذلك يوجب الانقباض فيمنع الوطء بدائع .

قلت : ويؤخذ من قوله وكذا الوطء فيه حرام الخ أنه مانع وإن كان خاليا وبابه مغلق فتأمل . وفى الفتح : ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها إلى مكان خال فهى صحيحة (قوله وحمام) أى بابه مفتوح ، أما لو كان مقفولا عليهما وحدهما فلا مانع من صحتها كما لا يخفى فافهم (قوله وسطح) أى ليس على جوانبه ستر وكذا إذا كان الستر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام إنسان يطلع عليهما فتح . وفيه : ولا تصح فى المسجد والحمام . وقال شداد : إن كانت ظلمة شديدة صحت لأنها كالساتر . وعلى قياس قوله تصح على سطح لا ساتر له إذا كانت ظلمة شديدة .

والأوجه أن لا تصح ، لأن المانع الإحساس ولا يختص بالبصر ؛ ألا ترى إلى الامتناع لوجود الأعمى ولا إبصار للإحساس اه .

قلت : الإحساس إنما يمكن إذا كان معهما أحد على السطح ، أما لو كانا فوقه وحدهما وأمنا من صعود أحد إليهما لم يبق الإحساس إلا بالبصر والظلمة الشديدة تمنعه كما لا يخفى تأمل (قوله وبيت بابه مفتوح) أى بحيث لو نظر إنسان رآهما ، وفيه خلاف .

ففى مجموع النوازل : إن كان لا يدخل عليهما أحد إلا بإذن فهى خلوة . واختار فى الذخيرة أنه مانع وهو الظاهر بحر . ووجهه أن إمكان النظر مانع بلا توقف على الدخول ، فلا فائدة فى الإذن وعدمه (قوله وما إذا لم يعرفها) لأن التمكن لا يحصل بدون المعرفة ، بخلاف ما إذا لم تعرفه . والفرق أنه متمكن من وطئها إذا عرفها ولم تعرفه ، بخلاف عكسه فإنه يحرم عليه كذا فى البحر . وفيه أنه إذا لم تعرفه يحرم عليها تمكينه منها ، فالظاهر أنها تمنعه من وطئها بناء على ذلك ، فينبغى أن يكون مانعا فتأمل ح .

قلت : إن هذا المانع بيده إزالته ، بأن يخبرها أنه زوجها فلما جاء التقصير من جهته يحكم بصحة الخلوة فيلزم المهر ط (قوله فى الأصح) أى أصح الروايتين ، لكن صرح شراح الهداية بأن رواية المنع فى التطوع شاذة ويشير إليه قول الخانية : وفى صوم القضاء والكفارات والمنذورات روايتان . والأصح أنه لا يمنع الخلوة ، وصوم التطوع لا يمنعها فى ظاهر الرواية ، وقيل يمنع اه .

أن تصح ، وكذا كل ما أسقط الكفارة نهر (بل المانع صوم رمضان) أداء وصلاة الفرض فقط (كالوطء) فيما يجيء .

(ولو) كان الزوج (مجبوبا أو عنينا أو خصيا) أو خنثى ، إن ظهر حاله وإلا فنكاحه موقوف ، وما في البحر والأشباه ليس على ظاهره كما بسطه في النهر .

وقول الكنز وصوم الفرض يدخل فيه القضاء والكفارات والمنذورات فيكون اختيارا منه لرواية المنع في غير التطوع ، لأن الإفطار فيه بغير عذر جائز في رواية ، ويؤيد مافي الكنز تعبير الخانية بالأصح فإنه يفيد أن مقابله صحيح ، وكذا قول الهداية وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية فإنه يفيد أن رواية كونهما كصوم رمضان أقوى ، وبهذا يتأيد مابحثه في البحر بقوله وينبغي أن يكون صوم الفرض ولو منذورا مانعا اتفاقا ، لأنه يحرم إفساده وإن كان لا كفارة فيه فهو مانع شرعي اه (قوله أن تصح) أي الخلوة ، لسقوط الكفارة بشبهة خلاف الامام مالك رحمه الله فإنه يرى فطره بأكله ناسيا ولا كفارة ط (قوله وكذا كل ماأسقط الكفارة) كشرب وجماع ناسيا ونية نهارا ونية نفلا ط (قوله وصلاة الفرض فقط) قال في البحر : لاشك أن إفساد الصلاة لغير عذر حرام فرضا كانت أو نفلا ، فينبغي أن تمنع مطلقا ، مع أنهم قالوا إن الصلاة الواجبة لاتمنع كالنفل مع أنه يأثم بتركها .

وأغرب منه مافي المحيط أن صلاة التطوع لاتمنع إلا الأربع قبل الظهر لأنها سنة مؤكدة ، فلا يجوز تركها بمثل هذا العذر اه فإنه يقتضي عدم الفرق بين السنن المؤكدة وأن الواجبة تمنع بالأولى اه .

قلت : والحاصل أنهم لم يفرقوا في إحرام الحج بين فرضه ونفله ، لاشتراكهما في لزوم القضاء والدم . وفرقوا بينهما في الصوم والصلاة . أما الصوم فظاهر للزوم القضاء والكفارة في فرضه ، بخلاف نفله وما ألحق به ، لأن الضرر فيه بالفطر يسير لأنه لايلزم إلا القضاء لاغير كما في الجوهرة . وأما في الصلاة فالفرق بينهما مشكل ، إذ ليس في فرضها ضرر زائد على الإثم ولزوم القضاء ، وهذا موجود في نفلها وواجبها ، نعم الإثم في الفرض أعظم وفي كونه مناطا لمنع صحة الخلوة خفاء وإلا لزم أن لايكون قضاء رمضان والكفارات كالنفل ، ولعل هذا وجه اختيار الكنز إطلاق فرض الصوم كما قدمناه ، فكذا الصلاة ينبغي أن يكون فرضها ونفلها كفرض الصوم ، بخلاف نفله لأنه أوسع بدليل أنه يجوز إفطاره بلا عذر في رواية ، ونفل الصلاة لايجوز قطعه بلا عذر في جميع الروايات فكان كفرضها ، ولعل المجتهد قام عنده فرق بينهما لم يظهر لنا ، والله تعالى أعلم (قوله فيما يجيء) أي من الأحكام ط (قوله ولو مجبوبا) أي مقطوع الذكر والخصيتين ، من الجب : وهو القطع . قال في الغاية : والظاهر أن قطع الخصيتين ليس بشرط في المجبوب ، ولذا اقتصر الإسبيجابي على قطع الذكر ح عن النهر (قوله أو خصيا) بفتح الخاء المعجمة فعيل بمعنى مفعول ، وهو من سلت خصيتاه وبقي ذكره ح (قوله إن ظهر حاله) أي إن ظهر قبل الخلوة أن هذا الزوج والخنثى رجل وظهر أن نكاحه صحيح فإن وطأه حينئذ جائز فتكون الخلوة كالوطء ، وإن لم يظهر فالنكاح موقوف لايبيح الوطء فلا تكون خلوته كالوطء فافهم (قوله ومافي البحر) حيث أطلق صحة خلوته ولم يقيد بظهور حاله ، ومافي الأشباه ستعرفه (قوله في النهر) عبارته : ويجب أن يراد به من ظهر حاله أما المشكل فنكاحه موقوف إلى أن يتبين حاله ، ولهذا لايزوجه وليه من تختنه لأن النكاح الموقوف لايفيد إباحة النظر كذا في النهاية اه أي فلا يبيح الوطء بالأولى فلا تصح خلوته كالخلوة بالحائض بل أولى ، لأنه قبل التبين بمنزلة الأجنبي . ثم قال في النهر : وأفاد في المبسوط أن حاله يتبين بالبلوغ ، فإن ظهرت فيه علامة

وفيه عن شرح الوهبانية أن العنة قد تكون لمرض أوضعف خلقة أو كبر سن (فى ثبوت النسب) ولو من المجبوب (و) فى (تأكد المهر) المسمى (و) مهر المثل بلا تسمية و(النفقة والسكنى والعدة وحرمة نكاح أختها وأربع سواها) فى عدتها (وحرمة نكاح الأمة ومراعاة وقت الطلاق فى حقها)

الرجل وقد زوّجه أبوه امرأة حكم بصحة نكاحه من حين عقد الأب ، فإن لم يصل إليها أجل كالعنين ، وإن زوّج رجلا تبين بطلانه ، وهذا صريح فى عدم صحة خلوته قبل ذلك . وبهذا التقرير علمت أن مانقله فى الأشباه عن الأصل: لو زوّجه أبوه رجلا فوصل إليه جاز وإلا فلاعلم لى بذلك؛ أو امرأة فبلغ فوصل إليها جاز وإلا أجل كالعنين ليس على ظاهره ، والله الموفق اه أى أن ظاهر مافى الأشباه أنه بمجرد وصول الرجل إليه أى وطئه له أو بوصوله إلى المرأة يصح النكاح ولو قبل البلوغ وظهور علامة فيه ، وأن الوطء يحل قبل التبين ، وأن الخلوة به صحيحة ، وأنه بعد البلوغ قد يتبين حاله وقد لايتبين مع أنه فى المبسوط جزم بتبين حاله بالبلوغ ، وأنه قبل التبين يكون نكاحه موقوفا فهو صريح فى عدم صحة الخلوة قبل التبين لعدم حل الوطء وفيه نظر ، فإن قوله جاز معناه جاز العقد لتبين حاله بذلك ، فقد صرحوا بأن ذلك رافع لإشكاله ولا يلزم منه حل الوطء ، وقوله وإلا فلا علم لى بذلك : أى إن لم تظهر فيه هذه العلامة لاأحكم بصحة العقد ولا بعدمها بل يتوقف ذلك على ظهور علامة أخرى وقول المبسوط إن حاله يتبين بالبلوغ مبنى على الغالب ؛ وإلا فقد صرحوا بأنه قد يبقى حاله مشكلا بعده . كما إذا حاض من فرج النساء وأمنى من فرج الرجال ؛ وقد يتبين حاله قبل البلوغ كأن يبول من أحد الفرجين دون الآخر فتصح خلوته . والحاصل أن تقييد صحة الخلوة بتبين حاله ظاهر لعدم حل الوطء قبله (قوله لمرض الخ) وكذا السحر ، ويسمى المعقود كما سيأتى فى بابه عن الوهبانية (قوله فى ثبوت النسب الخ) الذى حققه فى البحر بحثا ثم رآه منقولا عن الخصاف أن الخلوة لم تقم مقام الوطء إلا فى حق تكميل المهر ووجوب العدة . قال : وما سواه فهو من أحكام العقد كالنسب ، أى فإنه يثبت وإن لم توجد خلوة أصلا ، كما فى تزوج مشرقى مغربية أو من أحكام العدة كالبقية . والعجب من صاحب النهر حيث تابع أخاه فى هذا التحقيق ثم خالفه فى النظم الآتى ؛

وما ذكره فى البحر سبقه إليه ابن الشحنة فى عقد الفرائد . لكنه أفاد أن المطلقة قبل الدخول لو ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ثبت نسبة للتيقن بأن العلوق قبل الطلاق وأن الطلاق بعد الدخول ، ولو ولدته لأكثر لايثبت لعدم العدة ، ولو اختلى بها فطلقها يثبت وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر . قال : ففى هذه الصورة تكون الخصوصية للخلوة (قوله ولو من المجبوب) لإمكان إنزاله بالسحاق ، وسيأتى فى باب العنين أنه يثبت نسبه إذا خلا بها ثم فرق بينهما ولو جاءت به لسنتين (قوله وفى تأكد المهر) أى فى خلوة النكاح الصحيح ، أما الفاسد فيجب فيه مهر المثل بالوطء لابالخلوة كما سيذكره المصنف فى هذا الباب لحرمة الوطء فيه ؛ فكان كالخلوة بالحائض (قوله والعدة) وجوبها من أحكام الخلوة سواء كانت صحيحة أم لا ط : أى إذا كانت فى نكاح صحيح ، أما الفاسد فتجب فيه العدة بالوطء كما سيأتى (قوله فى عدتها) متعلق بنكاح والأولى تأخيره بعد قوله وحرمة نكاح الأمة ط (قوله وحرمة نكاح الأمة) أى لو طلق الحرة بعد الخلوة بها لايصح تزوجه أمة مادامت الحرة فى العدة ولو الطلاق بائنا (قوله ومراعاة وقت الطلاق فى حقها) بيانه أن الموطوءة طلاقها فى الحيض بدعى فلا يحل بل يطلقها واحدة فى طهر لاوطء فيه وهو أحسن أو ثلاثة متفرقة فى ثلاثة أطهار لاوطء فيها وهو حسن ، بخلاف غير الموطوءة فإن طلاقها واحدة ولو فى الحيض حسن ، وإذا كانت المختلى بها

وكذا فى وقوع طلاق بائن آخر على المختار (لا) تكون كالوطء (فى حق) بقية الأحكام كالغسل و (الإحصان وحرمة البنات وحلها للأول والرجعة

كالموطوءة توقت طلاقها بالطهر فلا يحل فى مدة الحيض فافهم (قوله وكذا فى وقوع طلاق بائن آخر الخ) فى البزازية : والمختار أنه يقع عليها طلاق آخر فى عدة الخلوة ، وقيل لا اهـ . وفى الذخيرة : وأما وقوع طلاق آخر فى هذه العدة فقد قيل لايقع وقيل يقع ، وهو أقرب إلى الصواب ، لأن الأحكام لما اختلفت يجب القول بالوقوع احتياطا ، ثم هذا الطلاق يكون رجعيا أو بائنا ذكر شيخ الإسلام أنه يكون بائنا اهـ ومثله فى الوهبانية وشرحها .

والحاصل أنه إذا خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها طلقة واحدة فلا شبهة فى وقوعها ، فإذا طلقها فى العدة طلقة أخرى فمقتضى كونها مطلقة قبل الدخول أن لاتقع عليها الثانية ، لكن لما اختلفت الأحكام فى الخلوة فى أنها تارة تكون كالوطء وتارة لاتكون جعلناها كالوطء فى هذا فقلنا بوقوع الثانية احتياطا لوجودها فى العدة ، والمطلقة قبل الدخول لايلحقها طلاق آخر إذا لم تكن معتدة بخلاف هذه .

والظاهر أن وجه كون الطلاق الثانى بائنا هو الاحتياط أيضا ، ولم يتعرضوا للطلاق الأول . وأفاد الرحمتى أنه بائن أيضا لأنه طلاق قبل الدخول غير موجب للعدة ، لأن العدة إنما وجبت لجعلنا الخلوة كالوطء احتياطا ، فإن الظاهر وجود الوطء فى الخلوة الصحيحة ، ولأن الرجعة حق الزوج وإقراره بأنه طلق قبل الوطء ينفذ عليه فيقع بائنا ، وإذا كان الأول لا تعقبه الرجعة يلزم كون الثانى مثله اهـ . ويشير إلى هذا قول الشارح طلاق بائن آخر فإنه يفيد أن الأول بائن أيضا ، ويدل عليه ما يأتى قريبا من أنه لا رجعة بعده ، وسيأتى التصريح به فى باب الرجعة ، وقد علمت مما قررناه أن المذكور فى الذخيرة هو الطلاق الثانى دون الأول فافهم . ثم ظاهر إطلاقهم وقوع البائن أولا وثانيا وإن كان بصريح الطلاق ، وطلاق الموطوءه ليس كذلك فيخالف الخلوة الوطء فى ذلك .

وأجاب ح : بأن المراد التشبيه من بعض الوجوه وهو أن فى كل منهما وقوع طلاق بعد آخر اهـ . وأما الجواب بأن البائن قد يلحق البائن فى الموطوءة فلا يدفع المخالفة المذكورة فافهم (قوله كالغسل) أى لا يجب الغسل على واحد منهما بمجرد الخلوة بخلاف الوطء (قوله والإحصان) فلو زنى بعد الخلوة الصحيحة لا يلزمه الرجم لفقد شرط الإحصان وهو الوطء . قال فى عقد الفرائد : وهذا إن لم يفهم أنه خاص بالرجل فهو ساكت عن ثبوت الإحصان لها بذلك . والذى يظهر لى أنه لا فرق بينه وبينها فيه ، ولم أقف على نقل فيه صريح ، والله أعلم .

قلت : فى البحر ولم يقيموها مقام الوطء فى حق الإحصان إن تصادقا على عدم الدخول ، وإن أقرا به لزمهما حكمه ، وإن أقر به أحدهما صدّق فى حق نفسه دون صاحبه كما فى المبسوط اهـ (قوله وحرمة البنات) أى لم يقيموا الخلوة مقام الوطء فى ذلك ، فلو خلا بزوجته بدون وطء ولامس بشهوة لم تحرم عليه بناتها ، بخلاف الوطء ، والكلام فى الخلوة الصحيحة كما صرح به فى التبيين والفتح وغيرهما ، فما حرره فى عقد الفرائد مما حاصله أن حرمة البنات بالخلوة الصحيحة لاخلاف فيها بين الصاحبين ، والخلاف فى الفاسدة . قال الثانى تحرم وقال محمد لا تحرم فهو ضعيف ، وما ادعاه من عدم الخلاف ممنوع كما بسطه فى النهر (قوله وحلها للأول) أى لا تحل مطلقة الثلاث للزوج الأول بمجرد خلوة الثانى بل لابد من وطئه لحديث العسيلة (قوله والرجعة) أى لايصير مراجعا بالخلوة ولا رجعة له

والميراث) وتزويجها كالأبكار على المختار وغير ذلك كما نظمه صاحب النهر فقال :

وخلــوة الزوج مثــل الوطء في صور وغيره وبهذا العقد تحصيل
تـكميل مهر وأعداد كذا نسب إنفاق سكنى ومنع الأخت مقبول
وأربع وكذا قالوا الإما ولقد راعوا زمان فراق فيــه ترحيل
وأوقعوا فيــه تطليقا إذا لحقا وقيل لا والصواب الأول القيل
أما المغاير فالإحصان يا أمــلى ورجعة وكذا التوريث معقــول
سقوط وطء وإحلال لها وكذا تحريم بنت نـكاح البكر مبذول

بعد الطلاق الصريح بعد الخلوة بحر : أى لوقوع الطلاق بائنا كما قدمناه (قوله والميراث) أى لو طلقها ومات وهى فى عدة الخلوة لا ترث بزازية ، ومثله فى البحر عن المجتبى :

وحكى ابن الشحنة فى عقد الفرائد قولا آخر أنها ترث وإن تصادقا على عدم الدخول بعد الخلوة . قال الرحمتى : وعلى هذا أى مافى الشرح لو طلقها فى مرضه بعد الخلوة الصحيحة قبل الوطء ومات فى عدتها لا ترث ، وبه جزم الطواقى فيما كتبه على هذا الشرح ، وأقره عليه تلميذه حامد أفندى العمادى مفتى دمشق اهـ . (قوله وتزويجها كالأبكار) كان عليه أن يقول كالثيبات ليوافق ماقبله من المعطوفات فإنها من خواص الوطء دون الخلوة ، فالمعنى أنها ليست كالوطء فى تزويجها كالثيبات بل تزوج كالأبكار أفاده ط (قوله على المختار) وما فى المجتبى من أنها تزوج كما تزوج الثيب ضعيف كما فى البحر (قوله وغير ذلك) أى غير السبعة المذكورة من زيادة أربعة أخرى فى النظم المذكور ، وهى : سقوط الوطء ، والفىء ، والتكفير ، وعدم فساد العبادة .

وبقى مسألتان أيضا لم يذكرهما لعدم تسليمهما ، وهما أن الخلوة لاتكون إجازة للنكاح الموقوف عند بعضهم وأن المرأة لا تمنع نفسها للمهر بعدها عندهما . أما عند أبى حنيفة فلها المنع بعد حقيقة الوطء كما أفاده فى البحر ، وزاد فى الوهبانية أيضا بقاء عنة العنين ، ويمكن دخولها فى النظم كما يأتى (قوله وغيره) بالرفع عطفا على مثل والضمير للوطء ح أى ومغايرة للوطء فى إحدى عشرة مسألة (قوله وبهذا العقد تحصيل) جملة من مبتدإ خبر ، والعقد بكسر العين شبه الشعر المنظوم بعقد الدر المنظوم (قوله تـكميل مهر الخ) بيان لصور المماثلة (قوله وإعداد) بالـكسر ، والمراد به العدة (قوله وأربع) بالجر عطفا على الأخت (قوله الإما) جمع أمة ، وقصره للضرورة ؛ ولو أسقط لام ولقد استغنى عن قصره (قوله فراق فيه ترحيل) المراد به الطلاق اهـ ح .

وأما الترحيل ، فهو من ترحل القوم عن المكان : انتقلوا : أى طلاق فيه نقل الزوجة من بيته أو من عصمته فافهم (قوله وأوقعوا فيه) أى فى الأعداد بمعنى العدة اهـ ح فالضمير عائد على مذكور وهو الأعداد المذكور فى البيت الثانى فافهم (قوله إذا لحقا) الضمير للتطليق والألف للإطلاق اهـ ح والمراد بلحاقه وقوعه فى العدة بعد طلاق سابق عليه (قوله القيل) بدل من الأول ح (قوله ورجعة) أى فى صورتين كما قدمناه فى قوله والرجعة (قوله سقوط وطء) أى مايلزمه فيه الوطء لايسقط بالخلوة ، فحق الزوجة فى القضاء الوطء مرة واحدة ، ولايسقط عنه بالخلوة وكذا العنين إذا اختلى بها لايسقط عنه الوطء بها ، فللزوجة طلب التفريق ، وعلى هذا الحل يستغنى عن ذكر بقاء العنة المذكور فى الوهبانية ، لـكن يستغنى به أيضا عن ذكر الفىء الآتى فكان الأولى ذكرهما معا أو إسقاطهما معا تأمل

كذلك النىء والتكفير مافسدت عبادة وكذا بالغسل تكميل

(ولو افترقا فقالت بعد الدخول وقال الزوج قبل الدخول فالقول لها) لإنكارها سقوط نصف المهر ؛ وإن أنكر الوطء ولو لم تمكنه فى الخلوة ، فإن بكرا صحت وإلا لا ، لأن البكر إنما توطأ كرها

(قوله كذلك النىء) يعنى إن آلى منها ثم وطئها فى المدة كان فيئا ، وإن خلابها لا اهـ ح (قوله التكفير) يعنى إن وطئ فى نهار رمضان فعليه الكفارة ، وإن خلا بهالا اهـ ح . وفى النهر : وعد التكفير هنا مما لاينبغى ، إذ الكلام فى الخلوة الصحيحة وصوم الأداء يفسدها كما مر ط (قوله مافسدت عبادة) مانافية ، يعنى إن وطئها فى عبادة يفسدها الوطء فسدت ، وإن خلا بها لا اهـ ح .

ويرد عليه ما ورد على سابقه ، فإن ما يفسد بالوطء كالإحرام والصوم والصلاة والاعتكاف المنذور يفسد الخلوة والكلام فى الصحيحة ، إلا أن يمثل بما لا يفسد الخلوة على أحد القولين كصوم غير الأداء وصلاة النافلة تأمل .

والحاصل أنه ينبغى إسقاط التكفير وفساد العبادة وزيادة فقد العنة ، فتصير الأحكام التى خالفت الخلوة فيها الوطء عشرة ، وقد نظمتها فى بيتين مقتصرا عليها للعلم بأن ماسواها لايخالف فيها الخلوة الوطء فقلت :

وخلوته كالوطء فى غير عشرة مطالبة بالوطء إحصان تحليل

وفىء وإرث رجعة فقد عنة وتحريم بنت عقد بكر وتغسيل

(قوله فقالت بعد الدخول) يطلق الدخول على الوطء وعلى الخلوة المجردة ، والمتبادر منه الأول ، والمراد هنا الاختلاف فى الخلوة مع الوطء ، أو فى الخلوة المجردة لا فى الوطء مع الإتفاق على الخلوة ، لأن الخلوة مؤكدة لتمام المهر فلو كان الإختلاف بينهما فى الوطء مع الإتفاق على الخلوة لم تظهر ثمرة للإختلاف (قوله فالقول لها لإنكارها سقوط نصف المهر) كذا فى القنية للزاهدى ، ونظمه ابن وهبان وقال فى شرحه إنه تتبع هذا الفرع فما ظفر به ولا وجد ماينافضه ووجهه ماش على القواعد لأن القول للمنكر اهـ .

قلت : رأيته فى حاوى الزاهدى أيضا ، وحكى فيه قولين ، فذكر مامر معزيا إلى المحيط وكتاب آخر ، ثم عزا إلى الأسرار أن القول قوله لأنه ينكر وجوب الزيادة على النصف اهـ . ويظهر لى أرجحية القول الأول ولذا جزم به المصنف وذلك أن المهر يجب بنفس العقد والدخول أو الموت مؤكد له والطلاق قبلهما منصف له فسبب وجوب الكل متحقق والمنصف له عارض ، والمرأة تنكر العارض وتتمسك بالسبب المحقق الموجب للكل ولذا تثبت لها المطالبة بتمام المهر قبل الدخول ، ولايعود نصف المهر المقبوض إلى ملكه بالطلاق قبل الدخول إلا بالقضاء أو الرضا ولا ينفذ تصرفه فيه قبل ذلك وينفذ تصرف المرأة فيه والزوج وإن أنكر الزيادة على النصف لكنه مقر بسببها ، كما لو أقر بالغصب وادعى الرّد وكذبه المالك فدعواه الرد إنكار للضمان بعد الإقرار بسببه فلا يقبل تأمل (قوله وإن أنكر الوطء) كذا فى كثير من النسخ ، وكان المناسب أن يقول وإن أنكر الدخول لما قررناه من أن الاختلاف بينهما ليس فى الوطء مع الاتفاق على الخلوة ، وليكون إشارة إلى رد ماقاله فى الأسرار : أى أن إنكاره لايعتبر لأنه فى الحقيقة مدّع لسقوط النصف بالعارض على السبب الموجب للكل فكان إنكارها هو المعتبر . وفى بعض النسخ وإن أنكرت بالتاء ، والمعنى أن القول لها وإن أنكرت أنه لم يطأها فى هذا الدخول الذى ادعته ؛ لكن الأولى أن يقول وإن اعترفت بعدم الوطء لأنه لم يدع الوطء حتى يقابل بإنكارها له (قوله إنما توطأ كرها) لأنها تستحى بالطبع ، فلم تكن بالإمتناع مختارة لعدم تأكد المهر ، بخلاف الثيب لأن امتناعها يدل على اختيارها لعدم تأكد المهر

كما بحثه الطرسوسى وأقره المصنف :

(ولو قال إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت) بائنا لوجود الشرط (ووجب نصف المهر) ولا عدة عليها بزازية (وتجب العدة فى الكل) أى كل أنواع الخلوة ولو فاسدة (احتياطا) أى استحسانا لتوهم الشغل (وقيل) قائله القدورى ، واختاره التمرتاشى وقاضيخان (إن كان المانع شرعيا) كصوم (تجب) العدة

(قوله كما بحثه الطرسوسى) أى فى أنفع الوسائل والبحث فى التفصيل المذكور ، فإن الطرسوسى نقل أولا عن الذخيرة إذا خلا بها ولم تمكنه من نفسها اختلف المتأخرون فيه . قال : وفى طلاق النوازل عليه نصف المهر ، ثم ذكر هذا التفصيل وقال قلته على وجه التفقه ولم أظفر فيه بنقل . والظاهر أنه أراد به التوفيق بين القولين ، وذكر أيضا أن هذا إذا صدقته فى ذلك ، فلو كذبته فالقول قولها بيمينها لأنها منكرة (قوله وأقره المصنف) أى تبعا لشيخه صاحب البحر (قوله فخلا بها) أى خلوة صحيحة لأنها المتبادر من لفظ الخلوة اه ح . أى فى قول الحالف إن خلوت بك فيراد بها الخالية عما يمنعها أو يفسدها مما مر ، والمراد مايفسدها من غير التعليق ، لما مر عن البحر من أن هذا التعليق مفسد لها ، فهو نظير قولهم ، الخلوة الصحيحة فى النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح مع أنها فى النكاح الفاسد فاسدة كما ذكره فى البحر ، فالمراد بالصحيحة فيه الخالية عما يفسدها سوى فساد النكاح فافهم (قوله بائنا) لتصريحهم بأن الطلاق الواقع بعد الخلوة الصحيحة يكون بائنا منح أى فهنا أولى لعدم صحتها فإنها لا تماثل الوطء إلا فى وجوب العدة ط (قوله لوجود الشرط) علة لطلقت ، وأما علة كونه بائنا فهى ماقدمناه عن المنح أفاده ح . (قوله ووجب نصف المهر) فى بعض النسخ بعد هذا زيادة وهى لعدم الخلوة الممكنة من الوطء اه . أى لأنها بانت بمجرد الخلوة فكان غير متمكن من الوطء شرعا (قوله ولا عدة عليها) قال فى البحر وسيأتى وجوبها فى الخلوة الفاسدة على الصحيح فتجب العدة فى هذه الصورة احتياطا اه . واعترضه الخير الرملى بقوله كيف القطع بوجوبها مع مصادمته للنقل ، على أن هذه مطلقة قبل الدخول فهى أجنبية والخلوة بالأجنبية لا توجب العدة فليست من قسم الخلوة الصحيحة ولا الفاسدة فتأمل ، وانظر إلى قولهم إنما تقام مقام الوطء إذا تحقق التسليم اه :

أقول : التسليم منها موجود ولكن عاقه مانع من جهته وهو التعليق كالعنين ، وكما لو دخل عليها فأحرم بالحج أو بالصلاة ، وكونها خلوة بأجنبية ممنوع لأن الخلوة شرط الطلاق ، وإنما يقع بعد وجود شرطه ؛ كما لو قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق ، فوقوع الطلاق دليل تحقق الخلوة ، إذ لولاها لم يقع غير أنه وجد بعد تحققها مانع من جهته كما ذكرنا ، وتصريحهم بوجوب العدة بالخلوة الفاسدة على الصحيح شامل لهذه الصورة فقول البزازية لاعدة عليها مبنى على خلاف الصحيح فهو مصادمة نقل بنقل أصح منه فافهم (قوله وتجب العدة) ظاهره الوجوب قضاء وديانة :

وفى الفتح قال العتابى : تكلم مشايخنا فى العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرا أو حقيقة ، فقيل لو تزوجت وهى متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لاقضاء (قوله فى الكل الخ) هذا فى النكاح الصحيح أما النكاح الفاسد لا تجب العدة فى الخلوة فيه بل بحقيقة الدخول فتح (قوله لتوهم الشغل) أى شغل الرحم نظرا إلى التمكن الحقيقى ، وكذا فى المجبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق وهى حق الشرع وحق الولد ، ولذا لا تسقط لو أسقطاها ، ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج ، وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد فتح ، وتمامه فى المعراج (قوله واختاره التمرتاشى الخ) وجزم به فى البدائع . قال فى الفتح : ويؤيده ماذكره العتابى (قوله تجب العدة) لثبوت التمكن

(وإن) كان (حسيا) كصغر ومرض مدنف (لا) تجب ، والمذهب الأول لأنه نص محمد قاله المصنف .
وفى المجتبى : الموت أيضا كالوطء فى حق العدة والمهر فقط ، حتى لو ماتت الأم قبل دخوله بها حلت بنتها (قبضت ألف المهر فوهبته له وطلقت قبل وطء رجع) عليها (بنصفه) لعدم تعين النقود فى العقود (وإن لم تقبضه أو قبضت نصفه فوهبته الكل) فى الصورة الأولى (أو مابقى) وهو النصف فى الثانية (أو) وهبت (عرض المهر) كثوب معين أو فى الذمة (قبل القبض أو بعده لا) رجوع لحصول المقصود .
(نكحها بألف على أن لايخرجها من البلد أو لايتزوج عليها أو) نكحها (على ألف إن أقام بها وعلى ألفين

حقيقة فتح (قوله كصغر ومرض مدنف) قال فى الفتح : الأوجه على هذا القول أن يخص الصغر بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة فى غيرهما اهـ .

قلت : ونص على التقييد بالمدنف فى جامع الفصولين . وفى القاموس : دنف المريض كفرح ثقل (قوله لأنه نص محمد) أى فى كتابه الجامع الصغير الذى روى مسائله عن أبى يوسف عن الإمام صاحب المذهب (قوله قاله المصنف) أى تبعا لشيخه فى البحر ، وأقره فى النهر والشرنبلالية (قوله الموت أيضا) أى كما أن الخلوة كالوطء فيهما ، والمراد الموت قبل الدخول : أى موت الرجل بالنسبة للعدة ، وموت أيهما كان بالنسبة للمهر كما أفاده ح (قوله فى حق العدة والمهر) أى إذا مات عنها لزمها عدة الوفاة واستحقت جميع المهر كالموطوءة (قوله فقط) هو معنى قول المجتبى وفيما سواهما كالعدم .

قلت : ولايقال إنه يعطى حكمه أيضا فى الإرث ، لأن الإرث من أحكام العقد فلذا تحقق قبل الخلوة التى هى دون الوطء فافهم (قوله حلت بنتها) أى كما تحل بعد الخلوة الصحيحة ، فلا تحرم إلا بحقيقة الوطء على مامر (قوله فوهبته له) ذكر الضمير لأن الألف مذكر لايجوز تأنيثه كما فى ط عن المصباح ، وكذا لو وهبت نصفه فتح (قوله قبل وطء) أى وخلوة نهر ، وهى وطء حكما كما مر (قوله لعدم تعين النقود فى العقود) ولذا لو أشار فى النكاح إلى دراهم كان له أن يمسكها ويدفع مثلها جنسا ونوعا وقدرا وصفة ؛ ولو لم تهب شيئا وطلقت قبل الدخول كان لها إمساك المقبوض ودفع غيره ولذا تزكى الكل ، وتمامه فى النهر .

والحاصل أنه لم يصل إليه بالهبة عين مايستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو نصف المهر منح (قوله أو قبضت نصفه) احتراز عما لو قبضت أكثر من النصف فإنه تردّ عليه مازاد على النصف ، بخلاف مالو قبضت الأقل ووهبته الباقى فهو معلوم بالأولى بحر أى لايرجع عليها بشىء (قوله فى الصورة الأولى) الأنسب أن يقول فى الصورتين فيكون قوله أو الباقى إشارة إلى أن هبة الألف ليس بقيد فى الثانية كما نص عليه فى البحر . قال فى النهر : ومعنى هبة الألف بعد قبض النصف أنها وهبت له المقبوض وغيره (قوله أو وهبت عرض المهر) أشار إلى أنه لم يتعيب ، إذ لو وهبته بعد ماتعيب فاحشا يرجع بنصف قيمته يوم قبضت لأنه صار كأنها وهبته عينا أخرى ، أما العيب اليسير فكا لعدم لما سيأتى أنه فى المهر متحمل ، وقيد بالهبة لأنها لو باعته منه يرجع بالنصف : أى نصف قيمته لانصف الثمن المدفوع فيما يظهر ؛ ولو وهبته أقل من نصفه تردّ مازاد على النصف ، ولو وهبته الأكثر أو النصف فلا رجوع له بحر (قوله أو فى الذمة) أشار إلى أنه لافرق بين العرض المعين وغيره ، وهو من خصوص النكاح ، فإن العرض فيه يثبت فى الذمة لأن المال فيه ليس بمقصود فيتسامح فيه ، بخلاف البيع بحر (قوله لحصول المقصود) لأنه وصل إليه عين مايستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعينه فى الفسخ كتعينه فى العقد بدليل أنه ليس لواحد منهما دفع بدله ، حتى لو تعيب فاحشا فوهبته له رجع بنصف قيمته كما مر نهر .

إن أخرجها ، فإن وفى) بما شرطه فى الصورة الأولى (وأقام) بها فى الثانية (فلها الألف) لرضاها به ، فهنا صورتان : الأولى تسمية المهر مع ذكر شرط ينفعها

[تتمة] حكم الموزون غير المعين وهو ما كان فى الذمة حكم النقد ، أما المعين منه فكالعرض . واختلف فى التبر والنقرة من الذهب والفضة ، ففى رواية كالعرض ، وفى أخرى كالمضروب ، كذا فى البدائع نهر .

[تنبيه] قال فى البحر : وقد ظهر لى أن هذه المسألة على ستين وجها ، لأن المهر إما ذهب أو فضة أو مثلى غيرهما أو قيمى ، فالأول على عشرين وجها لأن الموهوب إما الكل أو النصف ، وكل منهما إما أن يكون قبل القبض أو بعده ، أو بعد قبض النصف أو أقل منه أو أكثر فهى عشرة ، وكل منها إما أن يكون مضروبا أو تبرا فهى عشرون ، والعشرة الأولى فى المثلى ، وكل منها إما أن يكون معينا أولا وكذا فى القيمى ، والأحكام مذكورة اه وتبعه فى النهر .

قلت : ويزاد مثلها فتصير مائة وعشرين ، بأن يقال إن الموهوب إما الكل أو النصف أو الأكثر من النصف أو الأقل ، فهى أربعة تضرب فى الخمسة المارة تبلغ عشرين ، وكل منها إما أن يكون مضروبا أو تبرا فهى أربعون وكذا فى كل من المثلى والقيمى أربعون ، وقد مر حكم هبة الأكثر من النصف أو الأقل (قوله فإن وفى) بتشديد الفاء ماضى يوفى توفية لا بالتخفيف من وفى يفى وفاء بقرينة قوله وإلا يوف أفاده ح (قوله وأقام بها) إنما ذكر التوفية فى الأولى دون هذه ، لأنه فى الأولى جعل المسمى مالا وغير مال وهو ما شرطه لها ووعدها به من عدم إخراجها أو عدم التزوج عليها ، أما هنا فالمسمى مال فقط ردد فيه بين القليل على تقدير والكثير على تقدير كما أشار إليه الشارح ، فليس هنا فى المسمى وعد بشىء ليناسبه التعبير بالتوفية ، يوضحه أنه قد يردد فيه بين كونها ثيبا أو بكرا كما يأتى فافهم (قوله الأولى الخ) ضابطها أن يسمى لها قدرا ومهر مثلها أكثر منه ويشترط منفعة لها أو لأبيها أو لذى رحم محرم منها وكانت المنفعة مباحة الانتفاع متوقفة على فعل الزوج لا حاصلة بمجرد العقد ولم يشترط عليها رد شىء له ، وذلك كأن تزوجها بألف على أن لا يخرجها من البلد ، أو على أن يكرمها أو يهدى لها هدية ، أو على أن يزوج أباها ابنته ، أو على أن يعتق أخاها ، أو على أن يطلق ضرتها ، فلو المنفعة لأجنبى ولم يوف فليس لها إلا المسمى لأنها ليست منفعة مقصودة لأحد المتعاقدين ، ومثله بالأولى لو شرط ما يضرها كالتزوج عليها ، وكذا لو كان المسمى مهر المثل أو أكثر منه ؛ ولو كان المشروط غير مباح كخمر وخنزير ، فلو المسمى عشرة فأكثر وجب لها وبطل المشروط ولا يكمل مهر المثل ، لأن المسلم لا ينتفع بالحرام فلا يجب عوض بفواته ؛ ولو تزوجها على الألف وعتق أخيها أو طلاق ضرتها بلفظ المصدر لا المضارع عتق الأخ وطلقت الضرة بنفس العقد طلقة رجعية لمقابلتها بغير متقوم وهو البضع وللزوجة المسمى فقط والولاء له إلا إذا قال وعتق أخيها عنها فهو لها ، ولو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة ، وعلى أن تردّ عليه عبدا ينقسم الألف على مهر مثلها ، وعلى قيمة العبد ؛ فإن كانا سواء صار نصف الألف ثمنا للعبد والنصف صداقا فإذا طلقها قبل الدخول فلها نصف ذلك وإن بعده نظر ، وإن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك وإن أكثر فإن وفى بالشرط فكذلك وإلا فمهر المثل ، وتمامه فى المحيط والفتح عن المبسوط وفى اشتراط الكرامة والهدية كلام سيأتى .

وحاصل المسألة على وجوه ، لأن الشرط إما نافع لها أو لأجنبى أو ضار ، وكل إما حاصل بمجرد النكاح أو متوقف على فعل الزوج ، وعلى كل من الستة إما أن يكون مهر المثل أكثر من المسمى أو أقل أو مساويا ، وكل إما أن يكون قبل الدخول أو بعده ، وكل إما أن يباح الانتفاع بالشرط أولا ، وكل إما أن يشترط عليها

والثانية تسمية مهر على تقدير وغيره على تقدير (وإلا) يوف ولم يقم (فمهر المثل) لفوت رضاها بفوات النفع (و) لكن (لايزاد) المهر فى المسألة الأخيرة (على ألفين ولا ينقص عن ألف) لاتفاقهما على ذلك ، ولو طلقها قبل الدخول تنصف المسمى فى المسألتين لسقوط الشرط . وقالا الشرطان صحيحان (بخلاف مالو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وعلى ألفين إن كانت جميلة فإنه يصح الشرطان) اتفاقا فى الأصح لقلة الجهالة

رد شيء أولا ، وكل إما أن يحصل الوفاء بالشرط أولا ، فهي مائتان وثمانية وثمانون هذا خلاصة مافى البحر (قوله والثانية الخ) قال فى الفتح : وأما الثانية فكأن يتزوجها على ألف إن أقام بها أو أن لايتسرى عليها أو أن يطلق ضرتها أو إن كانت مولاة أو إن كانت أعجمية أو ثيبا وعلى ألفين إن كان أضدادها (قوله بفوات النفع) الباء للسببية لأنه فى الأولى سمى لها مالها فيه نفع وهو عدم إخراجها وعدم التزوج عليها ونحوه، فإذا وفى فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به ، وعند فواته ينعدم رضاها بالمسمى فيكمل مهر مثلها وفى الثانية سمى تسميتين ثانيتهما غير صحيحة للجهالة كما يأتى فوجب فيها مهر المثل (قوله فى المسألة الأخيرة) قيد فى قوله ولا يزاد على الفين فقط ح . وفى بعض النسخ فى الصورة الثانية ذات التقديرين (قوله ولا ينقص عن ألف) أى فى المسألتين (قوله لاتفاقهما على ذلك) أى لو زاد مهر مثلها فى المسألة الأخيرة على الفين ليس لها أكثر من ألفين لأنها رضيت معه بهما لترد يده لها بين الألف والألفين ، بخلاف المسألة الأولى ، فإنه لو زاد على ألف لها مهر المثل بالغا مابلغ ، لأنها لم ترض بالألف وحده بل مع الوصف النافع ولم يحصل لها ، ولو نقص عن ألف فى المسألتين فلها الألف لأنه رضى به (قوله لسقوط الشرط) لأنه إذا لم يف يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا يثبت فى الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره ، فلم يبق إلا المسمى فينتصف بدائع (قوله وقالا الشرطان صحيحان) أى فى المسألة الأخيرة . قال فى الهداية : حتى كان لها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها . وقال زفر الشرطان فاسدان ولها مهر مثلها لا ينقص من الألف ولا يزاد على ألفين . وأصل المسألة فى الإجارات فى قوله إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطه غدا فلك نصف درهم اهـ (قوله فى الأصح) مقابله مافى نوادر ابن سماعة عن محمد أنها على الخلاف ، وضعفه فى البحر (قوله لقلة الجهالة) جواب عما يرد على قول الإمام حيث أفسد الشرط الثانى فى المسألة المتقدمة، وهى مالو إذا تزوجها على ألف إن أقام بها وألفين إن أخرجها وفى هذه الصورة صحح الشرطين مع أن الترديد موجود فى الصورتين . وأجاب فى الغاية بأنه فى المتقدمة دخلت المخاطرة على التسمية الثانية ، لأن الزوج لا يعرف هل يخرجها أولا أما هنا فالمرأة على صفة واحدة من الحسن أو القبح وجهالة الزوج بصفتها لاتوجب خطرا .

ورده الزيلعى بأن من صور المسألة المتقدمة ما لو تزوجها على ألفين إن كانت حرة أو إن كانت له امرأة وعلى ألف إن كانت مولاة أو لم تكن له امرأة مع أنه لا مخاطرة ولكن جهل الحال . وأجاب فى البحر بأن المرأة وإن كانت فى الكل على صفة واحدة لكن الجهالة قوية فى الحرية وعدمها لأنها ليست أمرا مشاهدا ، ولذا لو وقع التنازع احتيج إلى إثباتها فكان فيها مخاطرة معنى ، بخلاف الجمال والقبح فإنه أمر مشاهد فجهالته يسيرة لزوالها بلا مشقة .

واعترضه فى النهر بأنه على هذا ينبغى الصحة فيما لو تزوجها على ألفين إن كانت له امرأة وعلى ألف إن لم تكن لأن النكاح يثبت بالتسامع فلا يحتاج إلى إثبات عند المنازعة .

قلت : ولا يخفى مافيه ، فإن إثباته بالتسامع إنما هو عند الاحتياج إلى إثباته على أنه قد تكون له امرأة غائبة فى بلدة أخرى لايعلم بها أحد بخلاف الجمال والقبح ، فلذا اتبع الشارح ما فى البحر ولم يلتفت لما فى النهر

بخلاف مالو ردد فى المهر بين القلة والكثرة للثيوبة والبكارة ، فإنها إن ثيبا لزمه الأقل وإلا فمهر المثل لايزاد على الأكثر ولا ينقص عن الأقل فتح ، ولو شرط البكارة فوجدها ثيبا لزمه الكل درر ، ورجحه فى البزازية .

(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا الألف) أو الألفين (أو على هذا العبد وهذا العبد) أو على أحد هذين (وأحدهما أوكس حكم) القاضى (مهر المثل)

(قوله بخلاف ما لوردد الخ) هذا أيضا من صورة المسألة المتقدمة التى ذكر أنها مخالفة لمسألة الترديد للقبح والجمال فلا حاجة إلى إعادته .

والحاصل أن ترديد المهر بين القلة والكثرة إن وجد فيه شرط الأقل لزمه الأقل وإلا فلا يلزمه الأكثر بل مهر المثل ، خلافا لهما إلا فى مسألة القبح والجمال فإنه يجب المسمى فى أى شرط وجد اتفاقا ، والفرق للإمام مامر (قوله ولو شرط الخ) هذه مسألة استطرادية ليست من جنس ما قبلها ، ومناسبتها تعليق المسمى على وصف مرغوب له (قوله لزمه الكل) لأن المهر إنما شرع لمجرد الاستمتاع دون البكارة ح عن مجمع الأنهر (قوله ورجحه فى البزازية) أقول : عبارتها تزوجها على أنها بكر فإذا هى ليست كذلك يجب كل المهر حملا لأمرها على الصلاح بأن زالت بوثبة فإن تزوجها بأزيد من مهر مثلها على أنها بكر فإذا هى غير بكر لاتجب الزيادة ، والتوفيق واضح للمتأمل اه .

ووجه التوفيق ماذكره فى العمادية عن فوائد المحيط فى تعليل المسألة الثانية أنه قابل الزيادة بما هو مرغوب وقد فات فلا يجب ماقوبل به ، وأنت خبير بأن كلام البزازية ليس فيه ترجيح للزوم الكل مطلقا بل فيه ترجيح للتفصيل ، والفرق بين التزوج بمهر المثل وبأزيد منه ، نعم قال فى البزازية بعد ذلك : وإن أعطاها زيادة على المعجل على أنها بكر فإذا هى ثيب قيل ترد الزائد . وعلى قياس مختار مشايخ بخارى فيما إذا أعطاها المال الكثير بجهة المعجل على أن يجهزوها بجهاز عظيم ولم تأت به رجع بما زاد على معجل مثلها ، وكذا أفتى أئمة خوارزم ينبغى أن يرجع الزيادة ، ولكن صرح فى فوائد الإمام ظهير الدين أنه لايرجع فى كلتا الصورتين اه أى فى صورة الزيادة على مهر المثل وصورة الزيادة على المعجل كما يعلم من مراجعة الفصول العمادية ، فقول البزازية تبعا للعمادية ولكن صرح الخ يفيد ترجيح عدم الرجوع ، وأنه يلزم كل المهر ولذا نظم المسألة فى الوهبانية وعبر عن عدم وجوب الزيادة بقيل ، فأفاد أيضا ترجيح لزوم الكل كما هو مقتضى إطلاق صاحب الدرر والوقاية والملتقى (قوله ولو تزوجها الخ) حاصل هذه المسألة أن يسمى شيئين مختلفى القيمة اتحد الجنس أو اختلف نهر (قوله أو الألفين) لافائدة فى ذكره بعد الألف للعلم قطعا بأن الألف غير قيد ، فالأولى قول البحر : أو على هذا الألف أو الألفين ، فهو مثال آخر مثل الذى بعده مما الاختلاف(١) فيه قيمة مع اتحاد الجنس ، ويمكن عطف قوله أو الألفين على مجموع قوله على هذا العبد أو على هذا الألف بأن يعطف على كل واحد بانفراده كأن يقول الزوج تزوجتك على هذا العبد أو هذين الألفين أو يقول على هذا الألف أو هذين الألفين تأمل (قوله أو على أحد هذين) أى أنه لافرق بين كلمة أو ولفظ أحدهما فإن الحكم فيه كذلك كما صرح به فى المحيط بحر (قوله وأحدهما أوكس) الجملة فى موضع الحال فى القاموس الوكس كالوعد النقص والتنقيص لازم ومتعد اه وقيد به لأنهما لو تساويا قيمة صحت التسمية اتفاقا بحر عن الفتح ، وقال قبله ، لوكانا سواء فلا تحكيم ولها الخيار فى أخذ أيهما شاءت (قوله حكم مهر المثل) هذاقوله وعندهما لها الأقل والمتون على الأول ، ورجح فى التحرير قولهما ، والخلاف مبنى على أن مهر المثل أصل عنده

---

(١) (قوله مما الاختلاف) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، ولعله مما للاختلاف اه مصححه.

فإن مثل الأرفع أو فوقه فلها الأرفع ، وإن مثل الأوكس أو دونه فلها الأوكس وإلا فمهر المثل .

(وفى الطلاق قبل الدخول يحكم متعة المثل) لأنها الأصل ، حتى لو كان نصف الأوكس أقل من المتعة وجبت المتعة فتح .

(ولو تزوجها على فرس) أو عبد أو ثوب هروى أو فراش بيت أو عدد معلوم من نحو إبل (فالواجب) فى كل جنس له وسط (الوسط أو قيمته) وكل مالم يجز السلم فيه فالخيار للزوج وإلا فللمرأة

والمسمى خلف عنه إن صحت التسمية وقد فسدت هنا للجهالة فيصار إلى الأصل . وعندهما بالعكس ، ومحله إذالم يصرح بالخيار لها أو له ، فلو قال على أنها بالخيار تأخذ أيهما شاءت ، أو على أنى بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح اتفاقا لانتفاء المنازعة ، وقيد بالنكاح لأن الخلع على أحد شيئين مختلفين أو الإعتاق عليه يوجب الأقل اتفاقا لأنه ليس له موجب أصلى يصار إليه عند فساد التسمية فوجب الأقل ، وكذا فى الإقرار ، وتمامه فى البحر (قوله فلها الأرفع) لأنها رضيت بالحط هداية (قوله فلها الأوكس) لأن الزوج رضى بالزيادة هداية (قوله وإلا) أى بأن كان بين الأرفع والأوكس (قوله لأنها الأصل) أى فى الطلاق قبل الدخول ، كما أن الأصل مهر المثل قبل الطلاق بحر (قوله وجبت المتعة) أشار به إلى أن ماوقع فى الدرر تبعا للوقاية والهداية من أنه يجب نصف الأوكس اتفاقا مبنى على الغالب أن المتعة لاتزيد على نصف الأوكس كما علل به فى الهداية ، حتى لوزادت وجبت كما صرح به فى الخانية والدراية . وقال فى الفتح : التحقيق أن الحكم المتعة أفاد أنها لوكانت أزيد من نصف الأعلى لايزاد على نصفه لرضاها به رحمتى (قوله ولو تزوجها على فرس الخ) شروع فى مسألة أخرى موضوعها أنه تزوجها على ما هو معلوم الجنس دون الوصف كما فى الهداية ، وقوله فالواجب الوسط أوقيمته يفيد صحةالتسمية لأن الجنس المعلوم مشتمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما ، بخلاف مجهول الجنس لأنه لا وسط له لاختلاف معانى الأجناس ، وإنما تخير الزوج بين دفع الوسط أو قيمته لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا فى حق الإيفاء ، وقيد بالمبهم لأنه فى المعين بإشارة كهذا العبد أو الفرس يثبت الملك لها بمجرد القبول إن كان مملوكاله وإلا فلها أن تأخذ الزوج بشرائه لها ، فإن عجز لزمه قيمته وكذا باضافة إلى نفسه كعبدى ، فلا تجبر على قبول القيمة لأن الإضافة إلى نفسه من أسباب التعريف كالإشارة لكن فى هذا إذا كان له أعبد ثبت ملكها فى واحد منهم وسط وعليه تعيينه ، وقوله فى البحر إنه يتوقف ملكها له على تعيينه غير صحيح لأنه يلزم كون الإضافة كالإبهام ، فإنه فى الإبهام لو عين لها وسطا أجبرت على قبوله ، وتمامه فى النهر (قوله فى كل جنس له وسط) قصد بهذا التعميم أن هذا الحكم لايخص الفرس والعبد وما عطف عليهما ، بل يعم كل جنس له وسط معلوم ح (قوله وكل ما لم يجز السلم فيه الخ) فإذا وصف الثوب كهروى خير الزوج بين دفع الوسط أو قيمته كما مر ، وكذا لوبالغ فى وصفه ، بأن قال طوله كذا فى ظاهر الرواية ، نعم لو ذكر الأجل مع هذه المبالغة كان لها أن لاتقبل القيمة ، لأن صحة السلم فى الثياب موقوفة على ذكر الأجل ، وفى المكيل والموزون إذا ذكر صفته كجيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحرية يتعين المسمى ، وإن لم يذكر الأجل لأن الموصوف فيها يثبت فى الذمة وإن لم يكن مؤجلا كما فى النهر والبحر ؛ فمعنى كون الخيار للمرأة أن لها أن لاتقبل القيمة إذا أراد إجبارها عليها لا بمعنى أن لها أن تجبره على القيمة إذا أراد دفع العين لأنه إذا صح السلم تعين حقها فى العين .

هذا وفى الفتح التصريح بأن قول الهداية فى ظاهر الرواية احترازا عما روى عن أبى حنيفة أن الزوج يجبر على دفع عين الوسط ، وهو قول زفر . وعن قول أبى يوسف أنه لو ذكر الأجل مع المبالغة فى وصف الثوب بالطول

(وكذا الحكم) وهو لزوم الوسط (فى كل حيوان ذكر جنسه) هو عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين فى الأحكام (دون نوعه) هو المقول على كثيرين متفقين فيها،

والعرض والرقة تعين الثوب، وذكر مثله عن المبسوط، ثم رجح رواية زفر، وصرح فى المجمع بأنها الأصح، وكذا فى درر البحار، وأقره فى غرر الأذكار وابن ملك.

ثم لا يخفى أنه وإن لم يتعين فلابد فى عين الوسط أو قيمته من اعتبار الأوصاف التى ذكرها الزوج (قوله وكذا الحكم فى كل حيوان الخ) فذكر الفرس ليس قيدا؛ ولو قال أولا ولو تزوجها على معلوم جنس وجب الوسط أو قيمته لكان أخصر وأشمل فإنه يعم نحو العبد والثوب الهروى أفاده ح (قوله هو عند الفقهاء الخ) أما عند المناطقة فهو المقول على كثيرين مختلفين فى الحقائق فى جواب ماهو، والنوع المقول على كثيرين مختلفين فى العدد (قوله مختلفين فى الأحكام) كإنسان فإنه مقول على الذكر والأنثى، وأحكامهما مختلفة.

قال فى البحر: ولا شك أن الثوب تحته الكتان والقطن والحرير والأحكام مختلفة فإن الثوب الحرير لا يحل لبسه وغيره يحل، فهو جنس عندهم، وكذا الحيوان تحته الفرس والحمار، وأما الدار فتحتها مايختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والسعة والضيق وكثرة المرافق وقلتها (قوله متفقين فيها) أى فى الأحكام مثل له الأصوليون فى بحث الخاص بالرجل.

وأورد عليهم أنه يشمل الحر والعبد والعاقل والمجنون وأحكامهم مختلفة. فأجابوا بأن اختلاف الأحكام بالعرض لا بالأصالة بخلاف الذكر والأنثى فإن اختلاف أحكامهما بالأصالة بحر.

[تنبيه] علم مما ذكرنا أن نحو الحيوان والدابة والمملوك والثوب جنس، وأن نحو الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى أو الكتان أو القطن نوع، وأن الذى تصح تسميته ويجب فيه الوسط أو قيمته الثانى، فكان على المصنف أن يقول وكذا الحكم فى كل حيوان ذكر نوعه دون وصفه كما قال فى متن المختار: تزوجها على حيوان فإن سمى نوعه كالفرس جاز، وإن لم يصفه. وقال فى شرحه الاختيار: ثم الجهالة أنواع: جهالة النوع والوصف كقوله ثوب أو دابة أو دار فلا تصح التسمية هذه، ومنها ماهو معلوم النوع مجهول الصفة كقوله عبد أو فرس أو بقرة أو شاة أو ثوب هروى فإنه تصح التسمية ويجب الوسط الخ فقد جعل الدابة والثوب معلوم الجنس مجهول النوع والوصف، وجعل العبد والفرس والثوب الهروى معلوم الجنس والنوع مجهول الوصف، وهذا موافق لمامر فى تعريف الجنس والنوع عند الفقهاء.

فإن قلت: قال فى الهداية. معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بأن تزوجها على فرس أو حمار. أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوجها على دابة لاتجوز التسمية ويجب مهر المثل اهـ. فقد جعل الفرس والحمار جنسا.

قلت: أراد بالجنس النوع كما صرح به فى غاية البيان، ولذا قابله بالوصف. وأما قول البحر: لاحاجة إلى حمل الجنس على النوع لأن الجنس عند الفقهاء هو المقول على كثيرين الخ ففيه أنه لايصح حمل الجنس فى كلام الهداية على الجنس الفقهى كما لايخفى، بل يتعين حمله على النوع. وكذا قال فى الهداية؛ ولو سمى جنسا بأن قال هروى تصح التسمية ويخير الزوج فقد سمى الهروى جنسا وليس هو جنسا بالمعنى المار، ولو تبع المصنف الهداية فقال ذكر جنسه دون وصفه بدل قوله دون نوعه لصح كلامه، بأن يراد بالجنس النوع لمقابلته له بالوصف،

بخلاف مجهول الجنس كثوب ودابة لأنه لاوسط له

أما مع مقابلته بالنوع فلا يصح هذا ماظهر لى (قوله بخلاف مجهول الجنس) أى ماذكر جنسه بلا تقييد بنوع كثوب ودابة فإنه لاتصح تسميته ، فلا يجب الوسط أو قيمته بل يجب مهر المثل .

[تنبيه] حاصل هذه المسألة أن المسمى إذاكان من غير النقود بأن كان عرضا أو حيوانا إما أن يكون معينا بإشارة أو إضافة فيجب بعينه أو لايكون معينا ؛ فإن كان غير مكيل وموزون ، فإن جهل نوعه كدابة أو ثوب فسدت التسمية ووجب مهر المثل ، وإن علم نوعه وجهل وصفه كفرس أو ثوب هروى أو عبد صحت التسمية وتخير بين الوسط أو قيمته ، وكذلك لو علم وصف الثوب على ظاهر الرواية . وعلى مامر أنه الأصح يتعين الوسط لأنه يجب فى الذمة كالسلم ، بخلاف الحيوان فإنه لايجب فى الذمة فى السلم ؛ وإن كان مكيلا أو موزونا ، فإن علم نوعه ووصفه كأردب قمح جيد خال من الشعير صعيدى تعين المسمى وصار كالعرض المشار إليه لأنه يثبت فى الذمة حالا كالقرض ومؤجلا كالسلم ، وإن لم يعلم وصفه تخير الزوج بين الوسط أو قيمته كما فى ذكر الفرس أو الحمار ، هذا خلاصة مافى الاختيار والفتح والبحر .

مطلب تزوجها على عشرة دراهم وثوب

لكن يشكل مافى الخانية : لو تزوجها على عشرة دراهم وثوب ولم يصفه كان لها عشرة دراهم ، ولو طلقها قبل الدخول بها كان لها خمسة دراهم إلا أن تكون متعتها أكثر من ذلك اهـ .

قال فى البحر : وبهذا علم أن وجوب مهر المثل فيما إذا سمى مجهول الجنس إنما هو فيما إذا لم يكن معه مسمى معلوم ، لكن ينبغى على هذا أن لاينظر إلى المتعة أصلا ، لأن المسمى هنا عشرة فقط وذكر الثوب لغو بدليل أنه لم يكمل لها مهر المثل قبل الطلاق اهـ .

وأجاب الخير الرملى بأن الثوب محمول على العدة والتبرع كما جرت به العادة غير داخل فى التسمية ، إذ لو دخل لأوجب فسادها لفحش الجهالة . وقال فى فتاواه الخيرية : إنه زاغ فهم صاحب البحر وأخيه فى جعل الثوب لغوا ولا حول ولا قوة إلا بالله اهـ . قلت حمله على العدة والتبرع هو بمعنى إلغائه فى التسمية .

ووجه إشكال هذا الفرع أن الثوب إن لم يدخل فى التسمية لزم أن يجب لها نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول بلا نظر إلى المتعة لصحة تسمية العشرة وإن دخل فيها ينبغى أن يعطى حكم مالو تزوجها على ألف وكرامتها أو يهدى لها هدية ، فقد صرح فى النهر بأنه فى المبسوط بعد أن ذكر عبارة محمد : لو تزوجها على ألف وكرامتها أو يهدى لها هدية فلها مهر مثلها لاينقص عن الألف . قال هذه المسألة على وجهين : إن أكرمها وأهدى لها هدية فلها المسمى ، وإلا فمهر المثل اهـ .

قلت : فهو مثل مالو تزوجها بألف على أن لايخرجها أو لايتزوج عليها كما قدمناه . وبه صرح فى الهداية وغاية البيان .

وفى البدائع : لو شرط مع المسمى شيئا مجهولا كأن تزوجها على ألف درهم وأن يهدى لها هدية ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى ، لأنه إذا لم يف بالكرامة والهدية يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لامدخل له فى الطلاق قبل الدخول اهـ لكن قال فى الاختيار : ولو تزوجها على ألف وكرامتها فلها مهر المثل لاينقص عن ألف لأنه رضى بها ، وإن طلقها قبل الدخول لها نصف الألف لأنه أكثر من المتعة اهـ . ونقل نحوه فى البحر عن الولوالجية

والمحيط . واعترض به على مامر من إيجاب المسمى بأن الهدية والإكرام مجهولتان ، ولا يمكن الوفاء بالمجهول بل تفسد التسمية فيجب مهر المثل . وقد أجبت عنه فيما علقته على البحر بما حاصله إنه يمكن حمل مافى الاختيار على ما إذا لم يكرمها أما إذا أكرمها فلها المسمى وهذا عين ماحمل عليه فى المبسوط كلام محمد ، ومشى عليه فى الهداية وغاية البيان والبدائع كما مر ، وجهالة الهداية والإكرام ترتفع بعد وجودها . والظاهر كما فى النهر أنه يكفى هنا أدنى ما يعد إكراما وهدية اه فإذا لم يكرمها بشيء بقيت التسمية مجهولة لعدم رضا المرأة بالألف وحده فيجب مهر المثل، وكذا إذا طلقها قبل الدخول تقرر الفساد فوجبت المتعة كما هو الحكم عند عدم التسمية أوعندفسادها، وإنما أطلق فى البدائع لزوم نصف الألف لأنه فى العادة أكثر من المتعة كما علمته من كلام الاختيار ، وهو نظير ما مر فى مسألة الأوكس فقد حصل بما ذكرنا التوفيق بين كلامهم ، ويتعين حمل مافى الخانية عليه أيضا ، وذلك بأن يقيد بما إذا كان مهر مثلها عشرة دراهم ولم يدفع لها ثوبا فحينئذ تجب لها العشرة لأنها مهر المثل وهو الواجب عند فساد التسمية وتجب المتعة بالطلاق قبل الدخول . وأما دعوى الرملى إلغاء ذكر الثوب لجهالته فلا تصح ، لأن جهالة الإكرام والهداية أفحش من جهالة الثوب ، لأن الإكرام تحته أجناس الثياب والحيوان والعروض والعقار والنقود والمكيل والموزون ومع هذا لم يلغوه ، فعدم إلغاء الثوب بالأولى .

وأيضا يشكل على إلغائه اعتبار المتعة . وعلى ماقررناه لا إشكال ، والله أعلم بحقيقة الحال .

مطلب مسألة دراهم النقش والحمام ولفافة الكتاب ونحوها

ونظير مافى الخانية ماهو معروف بين الناس فى زماننا من أن البكر لها أشياء زائدة على المهر : منها مايدفع قبل الدخول كدراهم للنقش والحمام وثوب يسمى لفافة الكتاب وأثواب أخر يرسلها الزوج ليدفعها أهل الزوجة إلى القابلة وبلانة الحمام ونحوها . ومنها ما يدفع بعد الدخول كالإزار والخف والمكعب وأثواب الحمام ، وهذه مألوفة معروفة بمنزلة المشروط عرفا؛ حتى لو أراد الزوج أن لايدفع ذلك يشترط نفيه وقت العقد أو يسمى فى مقابلته دراهم معلومة يضمها إلى المهر المسمى في العقد . وقد سئل عنها فى الخيرية فأجاب بما حاصله أن المقرر فى الكتب من أن المعروف كالمشروط يوجب إلحاق ماذكر بالمشروط ، فإن علم قدره لزم كالمهر وإلا وجب مهر المثل لفسادالتسمية إن ذكر أنه من المهر، وإن ذكر على سبيل العدة فهوغيرلازم بالكلية ، والذى يظهر الأخير ، ومافى الخانيةصريح فيه ثم ذكر عبارة الخانية المارة وما تقدم من اعتراضه على البحر .

وأنت خبير بأن هذه المذكورات تعتبر فى العرف على وجه اللزوم على أنها من جملة المهر ، غير أن المهر منه ما يصرح بكونه مهرا ومنه مايسكت عنه بناء على أنه معروف لابد من تسليمه ، بدليل أنه عند عدم إرادة تسليمه لابد من اشتراط نفيه أو تسمية ما يقابله كما مر ، فهو بمنزلة المشروط لفظا فلا يصح جعله عدة وتبرعا ، وكون كلام الخانية صريحا فيه قد علمت ما يناقضه وينافيه. وقد رأيت فى الملتقط التصريح بلزومه كما قلنا حيث ذكر فى مسألة منع المرأة نفسها حتى تقبض المهر فقال : ثم إن شرط لها شيئا معلوما من المهر معجلا فأوفاها ذلك ليس لها أن تمنع نفسها، وكذلك المشروط عادة كالخف والمكعب وديباج اللفافة ودراهم السكر على ماهو عادة أهل سمرقند ، وإن شرطوا أن لا يدفع شيء من ذلك لايجب ، وإن سكتوا لا يجب إلا من صدق العرف من غير تردد فى الإعطاء لمثلها من مثله ، والعرف الضعيف لايلحق المسكوت عنه بالمشروط اه . ثم رأيت المصنف أفتى به فى فتاويه .

ووسط العبيد فى زماننا الحبشى (وإن أمهرها العبدين و) الحال أن (أحدهما حر فمهرها العبد) عند الإمام (إن ساوى أقله) أى عشرة دراهم (وإلا كمل لها العشرة) لأن وجوب المسمى وإن قل يمنع مهر المثل . وعند الثانى لها قيمة الحر لو عبدا ورجحه الكمال ، كما لو استحق أحدهما .

(ويجب مهر المثل فى نكاح فاسد) وهو الذى فقد شرطا من شرائط الصحة كشهود

وحاصله أن ذلك إن صرح باشتراطه لزم تسليمه ، وكذا إن سكت عنه وكان العرف به مشهورا معلوما عند الزوج . ولا يخفى أن هذا لو كان تبرعا وعدة لم يكن لها منع نفسها لقبضه ولا المطالبة به ، وكذا لو كان لازما مفسدا للتسمية بل ينبغى أن يقال إنه بمنزلة اشتراط الهدية والإكرام ترتفع الجهالة بدفعه فيجب المسمى دون مهر المثل .

أو يقال وهو الأقرب : إن ذلك من قبيل معلوم النوع مجهول الوصف كالفرس والعبد فإن التفاوت فى ذلك يسير فى العرف ، فمثل اللفافة يعرف نوعها أنها من القصب والحرير أو من القطن والحرير باعتبار الفقر والغنى وقلة المهر وكثرته ، وكذا باقى المذكورات ، فيعتبر الوسط من كل نوع منها ، فهذا ما تحرر لى فى هذا المقام الذى كثرت فيه الأوهام وزلت الأقدام ، فاحفظه فإنه مهم والسلام (قوله ووسط العبيد فى زماننا الحبشى) وأما أعلاه فالرومى وأدناه الزنجى ، كذا فى البحر والمنح . ذكروا أن ذلك عرف القاهرة . وذكر السيد أبو السعود أن الحبشى فى عرفنا لا يجب إلا بالتنصيص لأن العبد متى أطلق لا ينصرف إلا للأسود ، فإذا اقتصر على ذكر العبد وجب الوسط من السودان اه .

قلت : والعبد فى عرف الشام لا يشمل الرومى لأنه يسمى مملوكا بل يشمل الحبشى والزنجى ، وكذا الجارية والرومية تسمى سرية ، وعليه فالوسط أعلى الزنجى (قوله وإن أمهرها العبدين الخ) أراد بالعبدين الشيئين الحلالين وبالحر أن يكون أحدهما حراما فدخل فيه ما إذا تزوجها على هذا العبد وهذا البيت فإذا العبد حر ، أو على مذبوحتين فإذا إحداهما ميتة كما فى شرح الطحاوى بحر (قوله أقله) أى أقل المهر (قوله يمنع مهر المثل) جواب عن قول محمد وهو رواية عن الإمام ، لها العبد الباقى وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر منه (قوله لها قيمة الحر لو عبدا) أى لها مع العبد الباقى قيمة الحر لو فرض كونه عبدا (قوله ورجحه الكمال) والمتون على قول الإمام . وفى القهستانى عن الخانية أنه ظاهر الرواية (قوله كما لو استحق أحدهما) أى أحد العبدين المسميين ، فإن لها الباقى وقيمة المستحق ، ولو استحقا جميعا فلها قيمتهما ، وهذا بالإجماع كما فى شرح الطحاوى بحر .

مطلب فى النكاح الفاسد

(قوله فى نكاح فاسد) وحكم الدخول فى النكاح الموقوف كالدخول فى الفاسد ، فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ، خلافا لما فى الاختيار من كتاب العدة ، وتمامه فى البحر ، وسنذكر فى العدة التوفيق بين ما فى الاختيار وغيره (قوله وهو الذى الخ) بخلاف ما لو شرط شرطا فاسدا كما لو تزوجته على أن لا يطأها فإنه يصح النكاح ويفسد الشرط رحمتى (قوله كشهود) ومثله تزوج الأختين معا ونكاح الأخت فى عدة الأخت ونكاح المعتدة والخامسة فى عدة الرابعة والأمة على الحرة . وفى المحيط : تزوج ذمى مسلمة فرق بينهما لأنه وقع فاسدا اه . فظاهره أنهما لا يحدان وأن النسب يثبت فيه والعدة إن دخل بحر .

(بالوطء) فى القبل (لابغيره) كالخلوة لحرمة وطئها (ولم يزد) مهر المثل (على المسمى) لرضاها بالحط ، ولوكان دون المسمى لزم مهر المثل لفساد التسمية بفساد العقد ، ولو لم يسمّ أو جهل لزم بالغا مابلغ (و) يثبت (لكل واحد منهما فسخه ولو بغير محضر عن صاحبه دخل بها أولا)

قلت : لكن سيذكر الشارح فى آخر فصل فى ثبوت النسب عن مجمع الفتاوى : نكح كافر مسلمة فولدت منه لا يثبت النسب منه ولا تجب العدة لأنه نكاح باطل اه . وهذا صريح فيقدم على المفهوم فافهم ؛ ومقتضاه الفرق بين الفاسد والباطل فى النكاح ، لكن فى الفتح قبيل التكلم على نكاح المتعة أنه لا فرق بينهما فى النكاح ، بخلاف البيع ، نعم فى البزازية حكاية قولين فى أن نكاح المحارم باطل أو فاسد . والظاهر أن المراد بالباطل ماوجوده كعدمه ، ولذا لا يثبت النسب ولا العدة فى نكاح المحارم أيضا كما يعلم مما سيأتى فى الحدود . وفسر القهستانى هنا الفاسد بالباطل ، ومثله بنكاح المحارم وبإكراه من جهتها أو بغير شهود الخ وتقييده الإكراه بكونه من جهتها قدمنا الكلام عليه أول النكاح قبيل قوله وشرط حضور شاهدين ، وسيأتى فى باب العدة أنه لاعدة فى نكاح باطل . وذكر فى البحر هناك عن المجتبى أن كل نكاح اختلف العلماء فى جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة .

أما نكاح منكوحة الغير ومعتدته فالدخول فيه لا يوجب العدة إن علم أنها للغير ، لأنه لم يقل أحد بجوازه فلم ينعقد أصلا . قال : فعلى هذا يفرق بين فاسده وباطله فى العدة ، ولهذا يجب الحد مع العلم بالحرمة لأنه زنى كما فى القنية وغيرها اه .

والحاصل أنه لافرق بينهما فى غير العدة ، أما فيها فالفرق ثابت . وعلى هذا فيقيد قول البحر هنا ونكاح المعتدة بما إذا لم يعلم بأنها معتدة ، لكن يرد على مافى المجتبى مثل نكاح الأختين معا فإن الظاهر أنه لم يقل أحد بجوازه ولكن لينظر وجه التقييد بالمعية . والظاهر أن المعية فى العقد لافى ملك المتعة ، إذ لو تأخر أحدهما عن الآخر فالمتأخر باطل قطعا (قوله فى القبل) فلو فى الدبر لايلزمه مهر لأنه ليس بمحل النسل كما فى الخلاصة والقنية ، فلا يجب بالمس والتقبيل بشهوة شىء بالأولى كما صرحوا به أيضا بحر (قوله كالخلوة) أفاد أنه لايجب المهر بمجرد العقد الفاسد بالأولى (قوله لحرمة وطئها) أى فلم يثبت بها التمكن من الوطء فهى غير صحيحة كالخلوة بالحائض فلا تقام مقام الوطء ، وهذا معنى قول المشايخ : الخلوة الصحيحة فى النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح ، كذا فى الجوهرة ، وفيه مسامحة لفساد الخلوة بحر . والظاهر أنهم أرادوا بالصحيحة هنا الخالية عما يمنعها أو يفسدها من وجود ثالث أو صوم أو صلاة أو حيض ونحوه مما سوى فساد العقد لظهور أنه غير مراد ، وهذا سبب المسامحة وفيه مسامحة أخرى ، وهى أن الخلوة فى النكاح الفاسد لا توجب العدة كما قدمناه عن الفتح مع أن الفاسدة فى النكاح الصحيح توجبها كما مر أنه المذهب (قوله ولم يزد مهر المثل الخ) المراد بمهر المثل مايأتى فى المتن ، بخلاف مهر المثل الواجب بالوطء بشبهة بغير عقد فإن المراد به غيره كما نص عليه فى البحر ، ويأتى بيانه فافهم .

هذا ، وفى الخانية : لو تزوج محرمه لاحد عليه عند الإمام وعليه مهر مثلها بالغا مابلغ اه فهى مستثناة إلا أن يقال إن نكاح المحارم باطل لافاسد على مامر من الخلاف ويكون ذلك ثمرة الاختلاف وبيانا لوجه الفرق بينهما كما أشار إليه فى البحر (قوله لرضاها بالحط) لأنها لما لم تسم الزيادة كانت راضية بالحط مسقطة حقها فيها لالأجل أن التسمية صحيحة من وجه ، لأن الحق أنها فاسدة من كل وجه لوقوعها فى عقد فاسد ، ولهذا لوكان مهر المثل أقل من المسمى وجب مهر المثل فقط . وظاهر كلامهم أن مهر المثل لوكان أقل من العشرة فليس لها

فى الأصح خروجا عن المعصية فلا ينافى وجوبه بل يجب على القاضى التفريق بينهما (وتجب العدة بعد الوطء) لاالخلوة للطلاق لاللموت (من وقت التفريق) أو متاركة الزوج

غيره ، بخلاف النكاح الصحيح إذا وجب فيه مهر المثل فإنه لاينقص عن عشرة بحر ، ومثله فى النهر ، وفيه نظر ، فإن مهر مثلها المعتبر بقوم أبيها كيف يكون أقل من العشرة مع أن العشرة أقل الواجب فى المهر شرعا فتأمل (قوله فى الأصح) وقيل بعد الدخول ليس لأحدهما فسخه إلا بحضرة الآخر كما فى النهر وغيره ح (قوله فلا ينافى وجوبه) قال فى النهر : وقول الزيلعى ولكل منهما فسخه بغير محضر من صاحبه لا يريد به عدم الوجوب ، إذ لاشك فى أنه خروج من المعصية والخروج منها واجب بل إفادة أنه أمر ثابت له وحده اهـ ح وضمير ينافى لتعبير المصنف باللام فى قوله ولكل وضمير وحده لكل أى يثبت لكل منهما وحده (قوله بل يجب على القاضى) أى إن لم يتفرقا (قوله وتجب العدة) ظاهر كلامهم وجوبها من وقت التفريق قضاء وديانة . وفى الفتح : يجب أن يكون هذا فى القضاء . أما إذا علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا ينبغى أن يحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ماقدمنا من نقل العتابى اهـ . ومحله فيما إذا فرق بينهما . أما إذا حاضت ثلاثا من آخر وطء ولم يفارقها فليس لها التزوج اتفاقا كما أشار إليه فى غاية البيان ، وظاهر الزيلعى يوهم خلافه بحر (قوله بعد الوطء لاالخلوة) أى لاتجب بعد الخلوة المجردة عن وطء ، ووجوب العدة بعد الخلوة ولو فاسدة إنما هو فى النكاح الصحيح . وفى البحر عن الذخيرة : ولو اختلفا فى الدخول فالقول له فلا يثبت شىء من هذه الأحكام اهـ . وفيه عن الفتح : ولو كانت هذه المرأة الموطوءة أخت امرأته حرمت عليه امرأته إلى انقضاء عدتها (قوله للطلاق) متعلق بمحذوف حال من العدة ، وقوله لاللموت عطف عليه ، والمراد أن الموطوءة بنكاح فاسد سواء فارقها أو مات عنها تجب عليها العدة التى هى عدة طلاق وهى ثلاث حيض ؛ لاعدة موت وهى أربعة أشهر وعشر ، وهذا معنى قول المنح والبحر : والمراد بالعدة هنا عدة الطلاق . وأما عدة الوفاة فلا تجب عليها من النكاح الفاسد اهـ . ولا يصح تعلق قوله للطلاق بقوله تجب ، لأن الطلاق لايتحقق فى النكاح الفاسد بل هو متاركة كما فى البحر ، وكذا لايصح أن يراد بقوله لاللموت موت الرجل قبل الوطء ، ليفيد أنه لو مات بعده تجب عدة الموت ، لما علمت من إطلاق عبارة البحر والمنح أنها لاتجب فى النكاح الفاسد ، ولما سيأتى فى باب العدة من أنها تجب بثلاث حيض كوامل فى الموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد فى الموت والفرقة اهـ أى إن كانت تحيض وإلا فثلاثة أشهر أو وضع الحمل فافهم (قوله من وقت التفريق) أى تفريق القاضى ، ومثله التفرق وهو فسخهما أو فسخ أحدهما ح ، وهو متعلق بتجب : أى لامن آخر الوطآت خلافا لزفر ، وهو الصحيح كما فى الهداية ، وأقره شراحها كالفتح والمعراج وغاية البيان ، وكذا صححه فى الملتقى والجوهرة والبحر . ولا يخفى تقديم مافى هذه المعتبرات على مافى مجمع الأنهر من تصحيح قول زفر وعبارة المواهب واعتبرنا العدة من وقت التفريق لامن آخر الوطآت فافهم (قوله أو متاركة الزوج) فى البزازية : المتاركة فى الفاسد بعد الدخول لاتكون إلا بالقول كخليت سبيلك أو تركتك ومجرد إنكار النكاح لايكون متاركة . أما لو أنكر وقال أيضا اذهبى وتزوجى كان متاركة والطلاق فيه متاركة لكن لاينقص به عدد الطلاق ، وعدم مجىء أحدهما إلى الآخر بعد الدخول ليس متاركة لأنها لاتحصل إلا بالقول . وقال صاحب المحيط : وقبل الدخول أيضا لايتحقق إلا بالقول اهـ . وخص الشارح المتاركة بالزوج كما فعل الزيلعى لأن ظاهر كلامهم أنها لاتكون من المرأة أصلا مع أن فسخ هذا النكاح يصح من كل منهما بمحضر الآخر اتفاقا . والفرق بين المتاركة والفسخ بعيد كذا فى البحر .

وإن لم تعلم المرأة بالمتاركة فى الأصح (ويثبت النسب) احتياطا بلا دعوة (وتعتبر مدته) وهى ستة أشهر (من الوطء، فإن كانت منه إلى الوضع أقل مدة الحمل) يعنى ستة أشهر فأكثر (يثبت) النسب (وإلا) بأن ولدته لأقل من ستة أشهر (لا) يثبت، وهذا قول محمد وبه يفتى. وقالا: ابتداء المدة من وقت العقد كالصحيح، ورجحه فى النهر بأنه أحوط، وذكر من التصرفات الفاسدة إحدى وعشرين، ونظم منها العشرة التى فى الخلاصة فقال:

وفاسد من العقود عشر إجارة وحكم هذا الأجر
وجوب أدنى مثل أو مسمى أو كله مع فقدك المسمى

وفرق فى النهر بأن المتاركة فى معنى الطلاق فيختص به الزوج. أما الفسخ فرفع العقد فلا يختص به وإن كان فى معنى المتاركة. ورده الخير الرملى بأن الطلاق لا يتحقق في الفاسد فكيف يقال إن المتاركة فى معنى الطلاق، فالحق عدم الفرق، ولذا جزم به المقدسى فى شرح نظم الكنز الخ، وتمامه فيما علقناه على البحر، وسيأتى قبيل باب الطلاق قبل الدخول عن الجوهرة طلق المنكوحة فاسدا ثلاثا له تزوجها بلا محلل، قال ولم يحك خلافا فهذا أيضا مؤيد لكون الطلاق لا يتحقق فى الفاسد ولذا كان غير منقص للعدد بل هو متاركة كما علمت، حتى لو طلقها واحدة ثم تزوجها صحيحا عادت إليه بثلاث طلقات (قوله فى الأصح) هذا أحد قولين مصححين، ورجحه فى البحر وقال إنه اقتصر عليه الزيلعى والآخر أنه شرط، حتى لولم يعلمها بها لاتنقضى عدتها (قوله ويثبت النسب) أما الإرث فلا يثبت فيه وكذا النكاح الموقوف ط عن أبى السعود (قوله احتياطا) أى فى إثباته لإحياء الولد ط (قوله وتعتبر مدته) أى ابتداء مدته التى يثبت فيها (قوله وهى ستة أشهر) أى فأكثر (قوله من الوطء) أى إذا لم تقع الفرقة كما يأتى بيانه (قوله يعنى ستة أشهر فأكثر) أشار إلى أن التقدير بأقل مدة الحمل إنما هو للاحتراز عما دونه لاعما زاد لأنها لو ولدته لأكثر من سنتين من وقت العقد أو الدخول ولم يفارقها فإنه يثبت نسبه اتفاقا بحر (قوله وقال الخ) تظهر فائدة الخلاف فيما إذا أتت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الدخول فإنه لايثبت نسبه على المفتى به بحر.

[تنبيه] ذكر فى الفتح أنه يعتبر ابتداء المدة من وقت التفريق إذا وقعت فرقة وإلا فمن وقت النكاح والدخول على الخلاف.

واعترضه فى البحر بأنه يقتضى أنها لو أتت بعد التفريق لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد أو الدخول ولأقل منها من وقت التفريق أنه لايثبت نسبه مع أنه يثبت.

وأجاب فى النهر بأن اعتبار ابتداء المدة من وقت النكاح أو الدخول معناه نفى الأقل كما مر، واعتبارها من وقت التفريق معناه نفى الأكثر، حتى لو جاءت به لأكثر من سنتين من وقت التفريق لايثبت النسب اهـ ومثله فى شرح المقدسى.

والحاصل أنه قبل التفريق يثبت النسب ولو ولدته بعد العقد أو الدخول لأكثر من سنتين كما مر، أما بعد التفريق فلا يثبت إلا إذا كان أقل من سنتين من حين التفريق بشرط أن لايكون بين الولادة والعقد أو الدخول أقل من ستة أشهر (قوله ورجحه فى النهر) ترجيحه لايعارض قول صاحب الهداية وغيره إن الفتوى على قول محمد.

والواجب الأكثر فى الكتابة ... من الذى سماه أو من قيمة
وفى النكاح المثل إن يكن دخل ... وخارج البذر لمالك أجل
والصلح والرهن لكل نقضه ... أمانة أو كالصحيح حكمه
ثم الهبه مضمونة يوم قبض ... وصح بيعه لعبد اقترض
مضاربه وحكمها الأمانة ... والمثل فى البيع وإلا القيمة

مطلب التصرفات الفاسدة

(قوله وذكر من التصرفات الفاسدة) أى التى تفسد إذا فقد منها شرط من شروط الصحة (قوله وحكم هذا) أى حكم الإجارة الفاسدة بشرط فاسد كرمة دار أو بجهالة المسمى أو بعدم التسمية أو بتسمية نحو خمر والأجر خبر حكم ، والمراد به أجر المثل ، أو المسمى فى الصورة الأولى وأجر المثل بالغا مابلغ فى الثلاثة الأخيرة ، وقد فصل ذلك بقوله وجوب أدنى مثل الخ فأدنى إما مضاف والإضافة بيانية أو غير مضاف ومثل بدل منه كما لايخفى ح (قوله والواجب الأكثر الخ) يعنى أن الكتابة الفاسدة كما إذا كاتبه على عين معينة لغيره يجب على المكاتب الأكثر من قيمته والمسمى وتاء الكتابة والقيمة مجروران ولا يوقف عليهما بالهاء لئلا تختلف القافية ح(قوله وفى النكاح) أى الفاسد بعدم الشهود مثلا مهر المثل أى بالغا مابلغ إن لم يسم مايصلح مهرا ، وإلا فالأقل من مهر المثل أو المسمى ح (قوله إن يكن دخل) أما إذا لم يدخل لا يجب شىء ح (قوله وخارج البذر) يعنى أن المزارعة الفاسدة كما إذا شرط فيها قفزان معينة لأحدهما يكون الخارج فيها لصاحب البذر . ثم إن كانت الأرض له فعليه مثل أجر العامل ، وإذا كان البذر من العامل فعليه أجر مثل الأرض ح (قوله أجل) تكملة بمعنى نعم ح (قوله والصلح والرهن) أى الصلح الفاسد بنحو جهالة البدل المصالح عليه . والرهن الفاسد كرهن المشاع لكل من المتعاقدين نقضه ح(قوله أمانة) خبر مبتدإ محذوف عائد على كل من بدل الصلح والمرهون اللذين دل عليهما الصلح والرهن أى حينئذ يكون ما فى يد المصالح أمانة ، وكذلك المصالح عليه فى يد من هو فى يده ، وكذلك الرهن فى يد المرتهن لأن كلا قبض مال صاحبه بإذنه ، لكنه قبضه لنفسه لا لمالكه فينبغى أن يكون مضمونا عليه ، وهوما أشار إليه بقوله أو كالصحيح حكمه ، وحكم الصحيح فى الصلح أنه مضمون عليه ببدل الصلح ، وصحيح الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، وينبغى أن يكون هذا هو المعتمد رحمتى .

قلت : وسيأتى فى كتاب الرهن التوفيق بأن فاسد الرهن كصحيحه إذا كان سابقا على الدين وإلا فلا ، ويأتى تمامه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ثم الهبه) بسكون الهاء للضرورة ، يعنى أن الموهوب مضمون على الموهوب له بالقيمة يوم القبض فى الهبة الفاسدة كهبة مشاع يقسم ح لأنه قبضه لنفسه ، ومن قبض لنفسه ولو بإذن مالكه كان قبضه قبض ضمان رحمتى (قوله وصح بيعه) أى بيع المستقرض واللام لتعدية البيع ، وقوله اقترض نعت لعبد وفاعله مستتر عائد على المستقرض ومفعوله محذوف عائد على العبد ، يعنى إذا استقرض عبدا كان قرضا فاسدا لأنه قيمى يفيد الملك فيصح بيعه ح . وقال ط : اللام فى لعبد زائدة (قوله مضاربه) بسكون الهاء للضرورة يعنى أن المضاربة الفاسدة بنحو اشتراط عمل رب المال حكمها الأمانة : أى يكون مال المضاربة فى يد المضارب أمانة ح أى لأنه قبضها لمالكها بإذنه ، وما كان كذلك فهو أمانة ، ولأنه لما فسدت صار المضارب أجيرا والمال فى يد الأجير أمانة رحمتى (قوله والمثل فى البيع) أى الواجب فى البيع الفاسد بنحو شرط لا يقتضيه العقد ضمان مثل

. . . .

المقبوض الهالك إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا وتاء الأمانة والقيمة مرفوعان ولا يوقف عليهما بالسكون لما مرح .

وأما بقية الإحدى والعشرين فقال فى النهر : وبقى من التصرفات الفاسدة : الصدقة والخلع والشركة والسلم والكفالة والوكالة والوقف والإقالة والصرف والوصية والقسمة .

أما الصدقة ففى جامع الفصولين أنها كالهبة الفاسدة مضمونة بالقبض . وأما الخلع ، فحكمه أنه إذا بطل العوض فيه وقع بائنا ، وذلك كالخلع على خمر أو خنزير أو ميتة . وأما الشركة وهى المفقود منها شرطها ، مثل أن يجعل الربح فيها على قدر المال كما فى المجمع ، ولا ضمان عليه لوهلاك المال فى يده كما فى جامع الفصولين . وأما السلم ، وهو مافقد فيه شرط من شرائط الصحة فحكم رأس المال فيه كالمغصوب ، فيصح فيه أن يأخذ به مابدا له يدا بيد كذا فى الفصول . وأما الكفالة كما إذا جهل المكفول عنه مثلا كقوله مابايعت أحدا فعلىّ ، فحكمها عدم الوجوب عليه ورجع بما أداه حيث كان الضمان فاسدا كذا فى الفصول أيضا . وأما الوكالة والوقف والإقالة والصرف والوصية فالظاهر أنهم لم يفرقوا بين فاسدها وباطلها ، وصرحوا بأن الإقالة كالنكاح لايبطلها الشرط الفاسد ، وقد عرف أنه لافرق بين فاسده وباطله ، وقالوا : لو وقعت الإقالة بعد القبض بعد ماولدت الجارية فهى باطلة اهـ .

أقول : وما عزاه إلى المجمع فى قوله وأما الشركة الخ فغير موجود فيه ولم نر أحدا قاله ، بل تجوز الشركة مع التساوى فى الربح وعدمه ، فالصواب أن يمثل بالتى شرط فيها دراهم مسماة لأحدهما فإنه مفسد لها ، وحكم الفاسدة أن يجعل الربح فيها على قدر المال وإن شرط التفاضل ، وهذا هو الذى فى المجمع وغيره فافهم ، وذكر القسمة ولم يتعرض لحكمها ، وسيذكر المصنف والشارح فى بابها أن المقبوض بالقسمة الفاسدة كقسمة على شرط هبة أو صدقة أو بيع من المقسوم أوغيره يثبت الملك فيه ويفيد جواز التصرف فيه لقابضه ويضمنه بالقيمة كالمقبوض بالشراء الفاسد . وقيل لايثبت ، وجزم بالقيل فى الأشباه ، وبالأول فى البزازية والقنية اهـ . وما ذكره فى النكاح من عدم الفرق بين فاسده وباطله قد علمت مافيه .

هذا ، وقد زاد الرحمتى الحوالة ونظم حكمها مع حكم مازاد على العشرة تكميلا لنظم النهر على الترتيب المذكور فقال :

صدقة كهبة سواء ... والخلع بائن ولا جزاء
إن شرط الخمر أو الخنزير أو ... لميتة بدله كذا رأوا
بقدر مال ربح شركة فسد ... كان لقطع شركة الربح قصد
ولا ضمان بهلاك المال ... فى يده حزت ذرا المعالى
وسلم بعض شروطه فقد ... ففاسد كما من الفقه شهد
ورأس مال فيه كالمغصوب عد ... فخذ به ماشئت إن يدا بيد
كفالة المجهول مفسد لها ... فارجع بما أديت إن خب ءدهى
إذا بنى الدفع على الكفاله ... ولا رجوع إن يرد وفاله
وفاسد القسمة إن شرط نمى ... لايقتضيه العقد ياهذا الكمى
فيملك المقسوم بالقيمة إن ... يقبض وقيل لافقد فاز الفطن

(و) الحرة (مهر مثلها) الشرعى (مهر مثلها) اللغوى : أى مهر امرأة تماثلها (من قوم أبيها) لا أمها إن لم تكن من قومه كبنت عمه .
وفى الخلاصة : ويعتبر بأخواتها وعماتها ، فإن لم يكن فبنت الشقيقة وبنت العم انتهى ومفاده اعتبار الترتيب فليحفظ .

وكالة وصاية والوقف إقالة ياصاح ثم الصرف
لافرق فيها بين ماقد فسدا وبين باطل هديت الرشدا
حوالة بشرط أن يؤدى من بيع دار للمحيل يردى
فإن يؤدى المال فهو راجع على المحيل أو محال خاشع

وقوله فخذ به ماشئت الخ أى له أن يستبدل برأس مال السلم الفاسد بخلاف الصحيح ، لكن بشرط أن يكون يدا بيد لئلا ينفصل عن دين بدين ، وقوله إذا بنى الدفع على الكفالة الخ أى لو ظن لزومها له فأداه عما كفله وقال هذا ماكفلت لك به رجع عليه ، لأنه أداه ماليس بلازم عليه على زعم لزومه كما لو قضاه دينه ثم تبين أن لادين عليه ، وأما إذا قال خذ هذا وفاء عمالك فى ذمته فلا يرجع عليه لأن من قضى دين غيره بلا أمره لارجوع له على أحد (قوله والحرة) احترز بها عن الأمة كما يأتى .

مطلب فى بيان مهر المثل

(قوله مهر مثلها) مبتدأ خبره قوله مهر مثلها ، ولا يلزم الإخبار عن الشىء بنفسه لما أشار إليه من اختلافهما شرعا ولغة ، ولأن الثانى مقيد بقوله من قوم أبيها .
ثم اعلم أن اعتبار مهر المثل المذكور حكم كل نكاح صحيح لاتسمية فيه أصلا أو سمى فيه ماهو مجهول ، أو مالا يحل شرعا ، وحكم كل نكاح فاسد بعد الوطء سمى فيه مهر أولا .
وأما المواضع التى يجب فيها المهر بسبب الوطء بشبهة فليس المراد بالمهر فيها مهر المثل المذكور هنا لما فى الخلاصة أن المراد به العقر ، وفسره الاسبيجابى بأنه ينظر بكم تستأجر للزنى لو كان حلالا يجب ذلك القدر ، وكذا نقل عن مشايخنا فى شرح الأصل للسرخسى اهـ . وظاهره أنه لافرق بين الحرة والأمة . ويخالفه مافى المحيط : لو زفت إليه غير امرأته فوطئها لزمه مهر مثلها إلا أن يحمل على العقر المذكور توفيقا بحر (قوله لا أمها) المقصود أنه لااعتبار للأم وقومها مع قوم الأب ، لا أنها لاتعتبر أصلا حتى تكون أدنى حالا من الأجانب ط عن البرجندى .
قلت : لكن الأم قد تكون من قبيلة لاتماثل قبيلة الأب ، والمعتبر من الأجانب من كانت من قبيلة تماثل قبيلة الأب على مايأتى : فمن كانت كذلك فهى أعلى حالا من الأم فافهم (قوله كبنت عمه) مثال للمنفى ح أى المنفى فى قوله إن لم تكن من قومه ، والضمير فيهما للأب ، فالأم إذا كانت بنت عم الأب كانت من قوم الأب وقول الدرر كبنت عمها سبق قلم أو مجاز (قوله ومفاده اعتبار الترتيب) كذا فى البحر والنهر ، لكن قال فى البحر بعده وظاهر كلامهم خلافه اهـ .
قلت : وتظهر الثمرة فيما لو ساوتها أختها وبنت عمها مثلا فى الصفات المذكورة واختلف مهراهما ، فعلى مافى الخلاصة تعتبر الأخت . وأما على ظاهر كلامهم فيشكل .

وتعتبر المماثلة فى الأوصاف (وقت العقد سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وثيوبة وعفة وعلما وأدبا وكمال خلق) وعدم ولد . ويعتبر حال الزوج أيضا ، ذكره الكمال

وقد قال فى البحر : ولم أر حكم ماإذا ساوت المرأة امرأتين من أقارب أبيها مع اختلاف مهرهما ، هل يعتبر بالمهر الأقل أو الأكثر ؟ وينبغى أن كل مهر اعتبره القاضى وحكم به فإنه يصح لقلة التفاوت اه وفيه أنه قد يكون التفاوت كثيرا .

وقال الخير الرملى : نص علماؤنا على أن التفويض لقضاة العهد فساد . والذى يقتضيه نظم الفقيه اعتبار الأقل للتيقن به اه .

قلت : ويظهر لى أنه ينظر فى مهر كل من هاتين المرأتين ، فمن وافق مهرها مهر مثلها تعتبر ، إذ يمكن أن يكون حصل فى مهر إحداهما محاباة من الزوج أو الزوجة تأمل (قوله فى الأوصاف) الأولى حذفه لإغناء قوله سنا الخ عنه مع احتياجه مع تكلف فى الإعراب (قوله وقت العقد) ظرف لمثلها الثانية بالنظر للمتن ، ولتعتبر بالنظر للشارح اه ح .

والمعنى أنه إذا أردنا أن نعرف مهر مثل امرأة تزوجت بلا تسمية مثلا ننظر إلى صفاتها وقت تزوجها من سن وجمال الخ وإلى امرأة من قوم أبيها كانت حين تزوجت فى السن والجمال الخ مثل الأولى ، ولا عبرة بما حدث بعد ذلك فى واحدة منهما من زيادة جمال ونحوه أو نقص أفاده الرحمتى (قوله سنا) أراد به الصغر أو الكبر بحر ، ومثله فى غاية البيان . وظاهره أنه ليس المراد تحديد السن بالعدد كعشرين سنة مثلا ، بل مطلق الصغر أو الكبر فيما لا يعتبر فيه التفاوت عرفا فبنت عشرين مثل بنت ثلاثين ، ولذا قال فى المعراج :لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف ، فإن الغنية تنكح بأكثر ماتنكح به الفقيرة ، وكذا الشابة مع العجوز ، والحسناء مع الشوهاء اه. وظاهره أن بقية الصفات كذلك ، فيعتبر المماثلة فى أصل الصفة احترازا عن ضدها لاعن الزيادة فيها (قوله وجمالا) وقيل لايعتبر الجمال فى بيت الحسب والشرف بل فى أوساط الناس ، وهذا جيد فتح . والظاهر اعتباره مطلقا بحر ، وكذا رده فى النهر باطلاق عبارة الكنز وغيره .

قلت : ووجهه أن الكلام فيمن كانت من قوم أبيها ، فإذا ساوت إحداهما الأخرى فى الحسب والشرف وزادت عليها فى الجمال كانت الرغبة فيها أكثر (قوله وبلدا وعصرا) فلو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لايعتبر بمهرها ، لأن البلدين تختلف عادة أهلهما فى غلاء المهر ورخصه ، فلو زوجت فى غير البلد الذى زوج فيه أقاربها لا يعتبر بمهورهن فتح ، ومثله فى كافى الحاكم الذى هو جمع كتب محمد ، حيث قال : ولا ينظر إلى نسائها إذا كن من غير أهل بلدها لأن مهور البلدان مختلفة اه . ومقتضى هذا أنه لابد من اعتبار الزمان والمكان وإن قلنا بالاكتفاء ببعض هذه الصفات على مايأتى فافهم (قوله وعقلا)هو قوة مميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة ، أو هيئة محمودة للإنسان فى مثل حركاته وسكناته كما فى كتب الأصول ،وهو بهذا المعنى شامل لما شرطه فى النتف من العلم والأدب والتقوى والعفة وكمال الخلق قهستانى (قوله ودينا) أى ديانة وصلاحا قهستانى (قوله وعدم ولد) أى إن كان من اعتبر لها المهر كذلك وإن كان لها ولد اعتبر مهر مثلها بمهر من لها ولد ط (قوله ذكره الكمال) أى نقلا عن المشايخ ، وفسره بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها فى المال والحسب وعدمهما اه أى وكذا فى بقية الصفات ، فإن الشاب والمتقى مثلا يزوج بأرخص من الشيخ والفاسق

قال : ومهر الأمة بقدر الرغبة فيها (ويشترط فيه) أى فى ثبوت مهر المثل لما ذكر (إخبار رجلين أو رجل وامرأتين ولفظ الشهادة) فإن لم يوجد شهود عدول فالقول للزوج بيمينه ، وما فى المحيط من أن للقاضى فرض المهر حمله فى النهر على ما إذا رضيا بذلك

كما فى البحر والنهر (قوله ومهر الأمة الخ) قدمنا الكلام عليه أول الباب . قال ح : دخل فى إطلاقه ما إذا كان لها قوم أب ، كما إذا تزوج حر أمة رجل ولم يشترط الحرية فبنته أمة ، وهى وإن كانت من قوم أبيها لكن خالفتهم فى الحرية فلم تحصل المماثلة (قوله أى فى ثبوت مهر المثل) أشار إلى أن ضمير فيه عائد إلى مهر المثل بتقدير مضاف وهو ثبوت (قوله لما ذكر) علة لثبوت مهر المثل ، والمراد بما ذكر المماثلة سنا وما عطف عليه ، وأشار به إلى أنه لابد من الشهادة على الأمرين : المماثلة بينهما ، وأن مهر الأولى كان كذا ح . وفى بعض النسخ بما ذكر ، فالباء للسببية : أى لثبوته بسبب ما ذكر من المماثلة فى الأوصاف (قوله شهود عدول) أشار إلى اشتراط العدالة مع العدد لأن المقصود إثبات المال والشرط فيه ذلك (قوله فالقول للزوج) لأنه منكر للزيادة التى تدعيها المرأة (قوله وما فى المحيط الخ) جواب عما ذكره فى البحر من المخالفة بين ما فى الخلاصة والمنتقى ، وهو ما مر من اشتراط الشهادة المذكورة ، وبين ما فى المحيط حيث قال : فإن فرض القاضى أو الزوج بعد العقد جاز ، لأنه يجرى ذلك مجرى التقدير لما وجب بالعقد من مهر المثل زاد أو نقص ، لأن الزيادة على الواجب صحيحة والحط عنه جائز اهـ .

ووجه المخالفة أن ظاهر ما مر أنه لا يصح القضاء بمهر المثل بدون الشهادة أو الإقرار من الزوج . وأجاب فى النهر بأن ما فى المحيط ينبغى أن يحمل على ما إذا رضيا بذلك وإلا فالزيادة على مهر المثل عند إبائه والنقص عنه عند إبائها لا يجوز اهـ .

أقول : قدمنا عن البدائع عند قول المصنف : وما فرض بعد العقد أو زيد لا ينصف أن مهر المثل يجب بنفس العقد بدليل أنها لو طلبت الفرض من الزوج يلزمه ، ولو امتنع يجبره القاضى عليه ، ولو لم يفعل ناب منابه فى الفرض اهـ فهذا صريح فى أن المراد فرض مهر المثل وإن فرض القاضى عند عدم التراضى ، فلا يصح حمل ما فى المحيط على ما ذكره فى النهر . وأما قول المحيط زاد أو نقص الخ فينبغى حمله على صورة فرض الزوج إذا رضيت بها .

وبيان ذلك على وجه تندفع به المخالفة أنك قد علمت أن مهر المثل إنما يجب بالنظر إلى من يساويها من قوم أبيها ، وقد علمت أيضا أنه لا يثبت إلا بشاهدين ، فإذا تزوجت بلا مهر وطلبت من الزوج أن يفرض لها مهر مثلها فامتنع ورافعته إلى القاضى وأتت بشاهدين شهدا بأن فلانة من قوم أبيها تساويها فى الصفات المذكورة وأنها تزوجت بكذا يحكم لها القاضى بمثل مهر فلانة المذكورة بلا زيادة ولا نقص ، وإنما يمكن الزيادة والنقص عند فرض الزوج بالتراضى كما قلنا .

وإذا كان فرض القاضى مبنيا على ما قلنا من الشهادة المذكورة تندفع المخالفة التى ادعاها فى البحر ، لأنه لا مسوغ لحمل ما فى المحيط ، على أن القاضى يفرض لها مهرا برأيه ويلزم أحدهما بالزيادة أو النقص بلا رضاه مع إمكان المصير إلى الواجب لها شرعا عند وجود من يساويها فى الصفات من قوم أبيها ، وإن كان المراد حمل كلام المحيط على حكم القاضى عند عدم وجود من يساويها من قوم أبيها ومن الأجانب فلا يخالف ما فى الخلاصة والمنتقى أيضا لأن كلامهما فى مهر المثل وهو لا يكون إلا عند وجود المماثل ، فيتوقف ثبوته على الشهادة أو الإقرار . أما عند عدم المماثل يكون تقديريا لمهر المثل جاريا مجراه لا عينه ، فينظر فيه القاضى نظر تأمل واجتهاد ، فيحكم به بدون شهود وإقرار من الزوج ، فموضوع الكلامين مختلف كما لا يخفى . وعلى هذا لا يتأتى أيضا فيه زيادة أو نقصان

(فإن لم يوجد من قبيلة أبيها فمن الأجانب) أى فمن قبيلة تماثل قبيلة أبيها (فإن لم يوجد فالقول له) أى للزوج فى ذلك بيمينه كما مر .

(وصح ضمان الولى مهرها ولو) المرأة (صغيرة) ولو عاقدا لأنه سفير ،

إذ لايمكن ذلك إلا عند وجود المماثل ، ولكن حمل كلام المحيط على ماذكر ينافيه ماقدمناه عن البدائع من أن المراد الحكم بمهر المثل ، وكذا ماانذكره قريبا عن الصيرفية من أنه إذا عدم المماثل لايعطى لها شىء ، ولا يمكن حمله على حالة التراضى ؛ لما علمت من كلام البدائع ولأنه عند وجود التراضى يستغنى عن الترافع إلى القاضى وعند عدم وجود الشاهدين ، فالقول للزوج بيمينه كما مر ويأتى فيحكم لها القاضى بما يحلف عليه فاغتنم هذا التحرير والله الموفق (قوله فإن لم يوجد) أى من يماثلها فى الأوصاف المذكورة كلها أو بعضها بحر ، ومقتضاه الإكتفاء ببعض هذه الأوصاف ؛ وبه صرح فى الاختيار بقوله فان لم يوجد ذلك كله فالذى يوجد منه لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف فى امرأتين ؛ فيعتبر بالموجود منها لأنها مثلها اه . ومثله فى شرح المجمع لابن ملك وغرر الأذكار وهو موجود فى بعض نسخ الملتقى .

قلت : لكن يشكل عليه اتفاق المتون على ذكر معظم هذه الأوصاف وتصريح الهداية بأن مهر المثل يختلف بإختلاف هذه الأوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر اه إذ لاشك أن الرغبة فى البكر الشابة الجميلة الغنية أكثر من الثيب العجوز الشوهاء الفقيرة وإن تساوتا فى العقل والدين والعلم والأدب وغيرها من الأوصاف ؛ فكيف يقدر مهر إحداهما بمهر الأخرى مع هذا التفاوت ؛ وقولهم لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف فى امرأتين مسلم لو التزمنا اعتبارها فى قوم الأب فقط .

أما عند اعتبارها من الأجانب أيضا فلا على أنه لو فرض عدم الوجود يكون القول للزوج كما ذكره المصنف بعد وإن امتنع يرفع الأمر للقاضى ليقدر لها مهرا على مامر ؛ لكن فى البحر عن الصيرفية : مات فى غربة وخلف زوجتين غريبتين تدعيان المهر ولا بينة لها وليس لها أخوات فى الغربة قال يحكم بجمالها بكم ينكح مثلهما؟ قيل له يختلف بالبلدان قال إن وجد فى بلدهما يسأل وإلا فلا يعطى لهما شىء اه أى لعدم إمكان الحلف بعد الموت لكن فيه أن ورثة الزوج تقوم مقامه فتأمل .

[تنبيه] جرى العرف فى كثير من قرى دمشق بتقدير المهر بمقدار معين لجميع نساء أهل القرية بلا تفاوت فينبغى أن يكون ذلك عند السكوت عنه بمنزلة المذكور المسمى وقت العقد ، لأن المعروف كالمشروط ، وحينئذ فلا يسأل عن مهر المثل ، والله تعالى أعلم .

مطلب فى ضمان الولى المهر

(قوله وصح ضمان الولى مهرها) أى سواء كان ولى الزوج أو الزوجة صغيرين كانا أوكبيرين ، أما ضمان ولى الكبير منهما فظاهر ، لأنه كالأجنبى . ثم إن كان بأمره رجع وإلا لا .

وأما ولى الصغيرين فلأنه سفير ومعبر ، فإذا مات كان لها أن ترجع فى تركته ، ولباقى الورثة الرجوع فى نصيب الصغير خلافا لزفر ، لأن الكفالة صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه ، فإذن الأب إذن منه معتبر ، وإقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته نهر عن الفتح (قوله ولو عاقدا) أى ولو كان هو الذى باشر عقد النكاح بالولاية عليها أو عليه أو عليهما فافهم (قوله لأنه سفير) تعليل لقوله صح بالنسبة لما إذا كانا

لـكن بشرط صحته ؛ فلو فى مرض موته وهو وارثه لم يصح ، وإلا صح من الثلث ، وقبول المرأة أو غيرها فى مجلس الضمان (وتطالب أبا شاءت) من زوجها البالغ ، أو الولى الضامن (فإن أدى رجع على الزوج إن أمر) كما هو حكم الـكفالة (ولا يطالب الأب بمهر ابنه الصغير الفقير) أما الغنى فيطالب أبوه بالدفع من مال ابنه لا من مال نفسه (إذا زوّجه امرأة إلا إذا ضمنه) على المعتمد

صغيرين أو أحدهما ، ويصلح جوابا عما يقال لو كان الضامن ولى الصغيرة يلزم أن يكون مطالبا ومطالبا لأن حق المطالبة له ، ولذا لو باع لها شيئا ثم ضمن الثمن عن المشترى لم يصح .

والجواب أنه فى النكاح سفير ومعبر عنها فلا ترجع الحقوق إليه ، وفى البيع أصيل وولاية قبض المهر له بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد ، ولذا لا يملك قبضه بعد بلوغها إذا نهته بخلاف البيع ، وتمامه فى الفتح (قوله لـكن) استدراك على قوله وصح (قوله بشرط صحته) أى الولى (قوله وهو) أى المكفول عنه والمكفول له ط (قوله وارثه) أى وارث الولى كأن يكون الولى أبا الزوج أو أبا الزوجة (قوله لم يصح) لأنه تبرع لوارثه فى مرض موته فتح . زاد فى البحر عن الذخيرة : وكذا كل دين ضمنه عن وارثه أو لوارثه اهـ . أى لأنه بمنزلة الوصية لوارثه .

لا يقال : إنه لا تبرع من الـكفيل بشىء ، فإنه لو مات قبل الأداء ترجع المرأة فى تركته ويرجع باقى الورثة فى نصيب الابن لو كفله الأب بأمره أو كان صغيرا كما قدمناه . لأنا نقول : رجوع باقى الورثة على المكفول عنه لا يخرج الـكفالة عن كونها تبرعا ابتداء ، لأنه قد يهلك نصيبه وهو مفلس أو قد لا يمكنهم الرجوع ، ويدل على ذلك أيضا أن كفالة المريض لأجنبى تعتبر من الثلث ، ولو لم تـكن تبرعا لصحت من كل المال كباقى تبرعاته بل أبلغ من هذا أنه لو باع وارثه شيئا من ملكه بمثل القيمة أو أقل أو أكثر فالبيع باطل حتى لا تثبت به الشفعة خلافا لهما كما فى المجمع فافهم (قوله وإلا) أى وإن لم يكن المكفول له أو عنه وارث الولى الـكافل ، بأن كان ابن ابنه الحى أو بنت عمه ط (قوله صح) أى الضمان من الثلث كما صرحوا به فى ضمان الأجنبى بحر : أى إن كان مال الـكفالة قدر ثلث تركته صح ، وإن كان أكثر منه صح بقدر الثلث ، لأن الـكفالة تبرع ابتداء كما قلنا (قوله وقبول المرأة) عطف على صحته ، وهذا إذا كانت المرأة بالغة ح . (قوله أو غيرها) وهو وليها أو فضولى غيره كما سيأتى فى كتاب الـكفالة ، ولذا قال فى البحر ولا بد من قبولها أو قبول قابل فى المجلس فافهم . قال ح : وهذا فيما إذا كانت صغيرة والـكفيل ولى الزوج ، أما إذا كان وليها فإيجابه يقوم مقام القبول كما فى النهر (قوله فى مجلس الضمان) لأن شطر العقد لا يتوقف على قبول غائب على المذهب ط (قوله أو الولى الضامن) سواء كان وليه أو وليها ح ، وقيد بالضامن لأن الـكلام فيه ولأنه لا يطالب بلا ضمان على ما يذكره قريبا (قوله إن أمر) أى إن أمر الزوج بالـكفالة . وأفاد أنه لو ضمن عن ابنه الصغير وأدى لا يرجع عليه للعرف بتحمل مهور الصغار إلا أن يشهد فى أصل الضمان أنه دفع ليرجع فتح ، ويأتى تمامه (قوله بمهر ابنه) أى مهر زوجة ابنه أو المهر الواجب على ابنه (قوله إذا زوجه امرأة) مرتبط بقوله ولا يطالب الأب الخ لأن المهر مال يلزم ذمة الزوج ولا يلزم الأب بالعقد ، إذ لو لزمه لما أفاد الضمان شيئا بحر (قوله على المعتمد) مقابله ما فى شرح الطحاوى والتتمة أن لها مطالبة أبى الصغير ضمن أو لم يضمن . قال فى الفتح : والمذكور فى المنظومة أن هذا قول مالك ونحن نخالفه : ثم قال فى الفتح وهذا هو المعول عليه .

قلت : ومثل ما فى المنظومة فى المجمع ودرر البحار وشروحهما . وفى مواهب الرحمن : أو زوج طفله الفقير لا يلزمه المهر عندنا . وأجاب فى البحر عما ذكره شارح الطحاوى بحمله على ما إذا كان للصغير مال ، بدليل

(كما فى النفقة) فإنه لايؤخذ بها إلا إذا ضمن، ولارجوع للأب إلا إذا أشهد على الرجوع عند الأداء

أنه فى المعراج ذكر ما فى شرح الطحاوى . ثم ذكر أن المهر لايلزم أبا الفقير بلا ضمان ، فتعين كون الأول فى الغنى :

قلت : وأصرح من هذا مافى العناية حيث قال ناقلا عن شرح الطحاوى : إن الأب إذا زوج الصغير امرأة فللمرأة أن تطلب المهر من أبى الزوج ، فيؤدى الأب من مال ابنه الصغير وإن لم يضمن الخ . وعلى هذا فقول الشارح على المعتمد لا محل له (قوله كما فى النفقة) أى أنه لايؤاخذ أبو الصغير بالنفقة إلا إذا ضمن ،كذا ذكره المصنف فى المنح عن الخلاصة .

وفى الخانية وإن كانت كبيرة وليس للصغير مال لا تجب على الأب نفقتها ويستدين الأب عليه ثم يرجع على الابن إذا أيسر اه .

وفى كافى الحاكم : فإن كان صغيرا لامال له لم يؤاخذ أبوه بنفقة زوجته إلا أن يكون ضمنها اه . ومثله فى الزيلعى وغيره .

قلت : وهو مخالف لما سيذكره الشارح فى باب النفقة فى الفروع حيث قال وفى المختار والملتقى ، ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان صغيرا فقيرا أو زمنا اه . اللهم إلا أن يحمل ماسيأتى على أنه يؤمر بالانفاق ليرجع بما أنفقه على الابن إذا أيسر ، كما قالوا فى الابن الموسر إذا كانت أمه وزوجها معسرين يؤمر بالإنفاق على أمه ويرجع بها على زوجها إذا أيسر ، ويؤيده عبارة الخانية المذكورة فليتأمل (قوله ولا رجوع للأب الخ) أى لو أدى الأب المهر من مال نفسه لا رجوع له على ابنه الصغير ،قيل لأن الكفيل لا رجوع له إلا بالأمر ولم يوجد ، لكن قدمنا أن إقدامه على كفالته بمنزلة الأمر لثبوت ولايته عليه . ولهذا لو ضمنه أجنبى بإذن الأب يرجع ، فكذا الأب ، نعم ذكر فى غاية البيان رجوع الأب لما ذكر . وفى الاستحسان:لارجوع له لتحمله عنه عادة بلا طمع فى الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص إلا إذا شرط الرجوع فى أصل الضمان فيرجع ، لأن الصريح يفوق الدلالة أعنى العرف ، بخلاف الوصى فإنه يرجع لعدم العادة فى تبرعه ، فصار كبقية الأولياء غير الأب اه . فعدم الرجوع بلا إشهاد مخصوص بالأب ، ومقتضى هذا رجوع الأم أيضا حيث لا عرف إذا كانت وصية وكفلته ، أما بدون ذلك فقد صار حادثة الفتوى فى صبى زوّجه وليه ودفعت أمه عنه المهر وهى غير وصية عليه ثم بلغ فأرادت الرجوع عليه . وينبغى فى هذه الحادثة عدم الرجوع لإيفائها دين الصبى بلا إذن ولا ولاية ، ولا سيا على القول الآتى من اشتراط الإشهاد فى غير الأب أيضا تأمل . وفى البزازية إذا أشهد أى الأب عند الأداء أنه أدى ليرجع رجع وإن لم يشهد عند الضمان اه .

والحاصل أن الإشهاد عند الضمان أو الأداء شرط الرجوع كما فى البحر . وقيده فى الفتح بما إذا كان الصغير فقيرا واعترضه فى النهر بما مر عن غاية البيان أى من حيث أنه مطلق مع عموم التعليل بالعرف .

وقد يقال : إن مافى الفتح مبنى على عدم اطراد العرف إذا كان الصغير غنيا فله الرجوع وإن لم يشهد ولاسيما لو كان الأب فقيرا فتأمل .

وبقى ما لو دفع بلا ضمان ، ومقتضى التعليل بالعادة أنه لا فرق ، فيرجع إن أشهد وإلا لا ، وسيذكر الشارح فى آخر باب الوصى .

ولو اشترى لطفله ثوبا أو طعاما وأشهد أنه يرجع به عليه يرجع به لو له مال وإلا لا لوجوبها عليه ح . ومثله

(ولها منعه من الوطء)ودواعيه شرح مجمع (والسفر بها ولو بعد وطء وخلوة رضيتهما) لأن كل وطأة معقود عليها ، فتسليم البعض لايوجب تسليم الباقي

لو اشترى له دارا أو عبدا يرجع سواء كان له مال أولا ، وإن لم يشهد لايرجع كذا عن أبي يوسف وهو حسن يجب حفظه اهـ .

قلت وحاصله الفرق بين الطعام والكسوة وبين غيرهما ، فني غيرهما لايرجع إلا إذا أشهد سواء كان الصغير فقيرا أولا ، وكذا فيهما إن كان الصغير غنيا . أما لو فقيرا فلا رجوع له وإن أشهد لوجوبهما عليه ، بخلاف نحو الدار والعبد ومقتضى هذا أن المهر بلا ضمان كالدار والعبد لعدم وجوبه عليه ، فله الرجوع عليه إن أشهد ولو فقيرا ، وإلا فلا وهذا يؤيد مافى النهر فتدبر .

هذا وسنذكر هناك اختلاف القولين فى أن الوصى لو أنفق من ماله على قصد الرجوع هل يشترط الإشهاد أم لا ، والاستحسان الأول . وعليه فلا فرق بينه وبين الأب ، فما مر عن غاية البيان من قوله بخلاف الوصى مبنى على القول الآخر ، والله تعالى أعلم .

وشمل الرجوع بعد الإشهاد ما لو أدى بعد بلوغ الابن كما فى الفيض . وفيه أن هذا : أى اشتراط الإشهاد إذا لم يكن للصبى دين على أبيه ، فلو على الأب دين له فأدى مهر امرأته ولم يشهد ثم ادعى أنه أداه من دينه الذى عليه صدق ، ولو كان الابن كبيرا فهو متبرع لأنه لايملك الأداء بلا أمره اهـ .

[تنبيه] اشتراط الإشهاد لرجوع الأب لاينافيه ماقدمناه ، من أنه لو مات وأخذت الزوجة مهرها من تركته فلباقى الورثة الرجوع فى نصيب الصغير ، لما علمت من أنه صار كفيلا بالأمر دلالة ، والكفيل بأمر المكفول عنه يرجع بما أدى ، وإنما لم يرجع لو أدى بنفسه بلا إشهاد للعادة بأنه يؤدى تبرعا . أما إذا لم يدفع بنفسه وأخذت الزوجة من تركته لم يوجد التبرع منه ، فلذا يرجع باقى الورثة فى نصيب الصغير من التركة .

[فرع] فى الفيض : ولو أعطى ضيعة بمهر امرأة ابنه ولم تقبضها حتى مات الأب فباعتها المرأة لم يصح إلا إذا ضمن الأب المهر ثم أعطى الضيعة به فحينئذ لاحاجة إلى القبض .

مطلب فى منع الزوجة نفسها لقبض المهر

(قوله ولها منعه الخ) وكذا لولى الصغيرة المنع المذكور حتى يقبض مهرها وتسليمها نفسها غير صحيح فله استردادها ، وليس لغير الأب والجد تسليمها قبل قبض المهر ممن له ولاية قبضه ، فإن سلمها فهو فاسد ، وأشار إلى أنه لايحل له وطؤها على كره منها إن كان امتناعها لطلب المهر عنده . وعندهما يحل كما فى المحيط . بحر . وينبغى تقييد الخلاف بما إذا كان وطئها أو لابرضاها ، أما إذا لم يطأها ولم يخل بها كذلك فلا يحل اتفاقا نهر (قوله ودواعيه الخ) لم يصرح به فى شرح المجمع ، وإنما قال لها أن تمنعه من الاستمتاع بها ، فقال فى النهر إنه يعم الدواعى ط (قوله والسفر) الأولى التعبير بالإخراج كما عبر فى الكنز ليعم الإخراج من بيتها كما قاله شارحوه ط (قوله وخلوة) يعلم حكمها من الوطء بالأولى ، وإنما تظهر فائدة ذكرها على قولها الآتى (قوله رضيتهما) وكذا لو كانت مكرهة أو صغيرة أو مجنونة بالأولى وهو بالاتفاق . أما مع الرضا ، فعندهما ليس لها المنع وتكون به ناشزة لانفقة لها أى إلا أن تمنعه من الوطء وهى فى بيته بحر بحثا ، أخذا مما صرحوا به فى النفقات أن ذلك ليس بنشوز بعد أخذ المهر

(لأخذ مابين تعجيله) من المهر كله أو بعضه (أو) أخذ (قدر مايعجل لمثلها عرفا) به يفتى ، لأن المعروف كالمشروط (إن لم يؤجل) أو يعجل (كله) فكما شرط ، لأن الصريح يفوق الدلالة إلا إذا جهل الأجل جهالة فاحشة فيجب حالا غاية ، إلا التأجيل لطلاق أو موت فيصح للعرف بزازية . وعن الثانى لها منعه إن أجله كله ،

(قوله لأخذ مابين تعجيله) علة لقوله ولها منعه ، أو غاية له واللام بمعنى إلى ، فلو أعطاها المهر إلا درهما واحدا فلها المنع ، وليس له استرجاع ماقبضت هندية عن السراج .

وفى البحر عن المحيط : لو أحالت به رجلا على زوجها لها الامتناع إلى أن يقبض المحتال لالو أحالها به الزوج اهـ وأشار إلى أن تسليم المهر مقدم سواء كان عينا أو دينا ، بخلاف البيع والثمن عين فإنهما يسلمان معا ، لأن القبض والتسليم معا متعذر هنا ، بخلاف البيع كما فى النهر عن البدائع ، وتمامه فيه ؛ لكن فى الفيض : لو خاف الزوج أن يأخذ الأب المهر ولا يسلم البنت يؤمر الأب بجعلها مهيأة للتسليم ثم يقبض المهر (قوله أو أخذ قدر مايعجل لمثلها عرفا) أى إن لم يبين تعجيله أو تعجيل بعضه فلها المنع لأخذ مايعجل لها منه عرفا .

وفى الصيرفية : الفتوى على اعتبار عرف بلدهما من غير اعتبار الثلث أو النصف . وفى الخانية : يعتبر التعارف لأن الثابت عرفا كالثابت شرطا .

قلت : والمتعارف فى زماننا فى مصر والشام تعجيل الثلثين وتأجيل الثلث ، ولا تنس ماقدمناه عن الملتقط من أن لها المنع أيضا للمشروط عادة كالخف والمكعب وديباج اللفافة ودراهم السكر كما هو عادة سمرقند ، فإنه يلزم دفعه على من صدق العرف من غير تردد فى إعطاء مثلها من مثله مالم يشرطا عدم دفعه ؛ والعرف الضعيف لايلحق المسكوت عنه بالمشروط (قوله إن لم يؤجل) شرط فى قوله أو أخذ قدر مايعجل لمثلها ، يعنى أن محل ذلك إذا لم يشترطا تأجيل الكل أو تعجيله ط وكذا البعض كما قدمه فى قوله كلا أو بعضا . وفى الفتح : حكم التأجيل بعد العقد كحكمه فيه (قوله فكما شرطا) جواب شرط محذوف تقديره فإن أجل كله أو عجل كله ح . وفى مسألة التأجيل خلاف يأتى (قوله لأن الصريح الخ) أى يعتبر ماشرطا وإن تعورف تعجيل البعض ، لأن الشرط صريح والعرف دلالة ، والصريح أقوى (قوله إلا إذا جهل الأجل) إذا هنا ظرفية فهو استثناء من أعم الظروف : أى فكما شرطا فى كل وقت إلا فى وقت جهل الأجل فافهم .

قال فى البحر : فإن كانت جهالة متقاربة كالحصاد والدياس ونحوه فهو كالمعلوم على الصحيح كما فى الظهيرية بخلاف البيع فإنه لايجوز بهذا الشرط ، وإن كانت متفاحشة كإلى الميسرة أو إلى هبوب الريح ، أو إلى أن تمطر السماء فالأجل لايثبت ويجب المهر حالا ، وكذا فى غاية البيان اهـ (قوله إلا التأجيل) استثناء من المستثنى ح (قوله فيصح للعرف) قال فى البحر : وذكر فى الخلاصة والبزازية اختلافا فيه ، وصحح أنه صحيح . وفى الخلاصة : وبالطلاق يتعجل المؤجل ، ولو راجعها لايتأجل اهـ يعنى إذا كان التأجيل إلى الطلاق . أما لو إلى مدة معينة لايتعجل بالطلاق . كما قد يقع فى مصر من جعل بعضه حالا وبعضه مؤجلا إلى الطلاق ، أو الموت وبعضه منجما ، فإذا طلقها تعجل البعض المؤجل لا المنجم ، فتأخذه بعد الطلاق على نجومه كما تأخذه قبله .

واختلف هل يتعجل المؤجل بالطلاق الرجعى مطلقا أو إلى انقضاء العدة ، وجزم فى القنية بالثانى ، وعزاه إلى عامة المشايخ .

ولو ارتدت ولحقت ثم أسلمت وتزوجها فالمختار أنه لايطالب بالمهر المؤجل إلى الطلاق كما فى الصيرفية ، لأن

وبه يفتى استحسانا ولوالجية .

وفى النهر : لو تزوجها على مائة على حكم الحلول على أن يعجل أربعين لها منعه حتى تقبضه .

(و) لها (النفقة) بعد المنع (و) لها (السفر والخروج من بيت زوجها للحاجة ؛ و) لها (زيارة أهلها بلا إذنه مالم تقبضه) أى المعجل ، فلا تخرج إلا لحق لها أو عليها

الردة فسخ لاطلاق اه ملخصا (قوله وبه يفتى استحسانا) لأنه لما طلب تأجيله كله فقد رضى بإسقاط حقه فى الاستمتاع .

وفى الخلاصة أن الأستاذ ظهير الدين كان يفتى بأنه ليس لها الامتناع ،والصدر الشهيد كان يفتى بأن لها ذلك اه فقد اختلف الإفتاء بحر. قلت: والاستحسان مقدم، فلذا جزم به الشارح .

وفى البحر عن الفتح : وهذا كله إذا لم يشترط الدخول قبل حلول الأجل ، فلو شرطه ورضيت به ليس لها الامتناع اتفاقا اه .

[تنبيه] يفهم من قول الشارح إن أجله كله أنه لو أجل البعض ودفع المعجل ليس لها الامتناع على قول الثانى مع أنه فى شرح الجامع لقاضيخان ذكر أولا أنه لو كان المهر مؤجلا ليس لها المنع قبل حلول الأجل ولا بعده ، وكذا لو كان المؤجل بعضه واستوفت العاجل ، وكذا لو أجلته بعد العقد .

ثم قال : وعلى قول أبى يوسف لها المنع إلى استيفاء الأجل فى جميع هذه الفصول إذا لم يكن دخل بها الخ وهذا مخالف لقول المصنف لأخذ مابين تعجيله الخ لكن رأيت فى الذخيرة عن الصدر الشهيد أنه قال فى مسألة تأجيل البعض أن له الدخول بها فى ديارنا بلا خلاف . لأن الدخول عند أداء المعجل مشروط عرفا فصار كالمشروط نصا ؛ أما فى تأجيل الكل فغير مشروط لاعرفا ولا نصا فلم يكن له الدخول على قول الثانى استحسانا اه فافهم (قوله على أن يعجل أربعين) أى قبل الدخول (قوله لها منعه حتى تقبضه) أى تقبض الباقى بعد الأربعين ، إذ ليس فى اشتراط تعجيل البعض مع النص على حلول الجميع دليل على تأخير الباقى إلى الطلاق أو الموت بوجه من وجوه الدلالات . والذى عليه العادة فى مثل هذا التأخير إلى اختيار المطالبة بحر عن فتاوى العلامة قاسم .

[فرع] فى الهندية عن الخانية : تزوجها بألف على أن ينقدها ماتيسر له والبقية إلى سنة فالألف كله إلى سنة مالم تبرهن أنه تيسر له منه شىء أو كله فتأخذه (قوله ولها النفقة بعد المنع) أى المنع لأجل قبض المهر ، ويشمل المنع من الوطء وهى فى بيته وهو ظاهر ، وكذا لو امتنعت من النقلة إلى بيته فلها النفقة كما يأتى فى بابها ، وكذا لو سافرت .

ويشكل عليه أن النفقة جزاء الاحتباس ، ولهذا لو كانت مغصوبة أو حاجة وهو ليس معها لانفقة لها مع أنها لم تحتبس بعذر .

وقد يجاب بأن التقصير جاء من جهته بعدم دفع المهر فكانت محتبسة حكما كما لو أخرجها من منزله فلها النفقة بخلاف المغصوبة والحاجة فإن ذلك ليس من جهته ، هذا ماظهر لى (قوله فلا تخرج الخ) جواب شرط مقدر : أى فإن قبضته فلا تخرج الخ ، وأفاد به تقييد كلام المتن ، فإن مقتضاه أنها إن قبضته ليس لها الخروج للحاجة وزيارة أهلها بلا إذنه مع أن لها الخروج وإن لم يأذن فى المسائل التى ذكرها الشارح كما هو صريح عبارته فى شرحه على الملتقى عن الأشباه ، وكذا فيما لو أرادت حج الفرض بمحرم أو كان أبوها زمنا مثلا يحتاج إلى خدمتها

أو لزيارة أبويها كل جمعة مرة أو المحارم كل سنة ، ولكونها قابلة أو غاسلة لافيا عدا ذلك ، وإن أذن كانا عاصيين والمعتمد جواز الحمام بلا تزين أشباه ، وسيجيء فى النفقة (ويسافر بها بعد أداء كله) مؤجلا ومعجلا (إذا كان مأمونا عليها وإلا) يؤدكله ، أو لم يكن مأمونا (لا) يسافر بها ، وبه يفتى كما فى شروح المجمع ، واختاره فى ملتقى الأبحر ومجمع الفتاوى ، واعتمده المصنف ، وبه أفتى شيخنا الرملى ، لكن فى النهر : والذى عليه العمل فى ديارنا أنه لايسافر بها جبرا عليها ،

ولو كان كافرا أو كانت لها نازلة ولم يسأل لها الزوج عنها من عالم فتخرج بلا إذنه فى ذلك كله كما بسطه فى نفقات الفتح : خلافا لما فى القهستانى وإن تبعه ح حيث قال بعد الأخذ ليس لها أن تخرج بلا إذنه أصلا فافهم (قوله أو لزيارة أبويها) سيأتى فى باب النفقات عن الاختيار تقييده بما إذا لم يقدرا على إتيانها ، وفى الفتح أنه الحق .قال : وإن لم يكونا كذلك ينبغى أن يأذن لها فى زيارتهما فى الحين بعد الحين على قدر متعارف ، أما فى كل جمعة فهو بعيد ، فإن فى كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا إن كانت شابة والرجل من ذوى الهيآت (قوله أو لكونها قابلة أو غاسلة) أى تغسل الموتى كما فى الخانية : وسيذكر الشارح فى النفقات عن البحر أن له منعها لتقدم حقه على فرض الكفاية ، وكذا بحثه الحموى . وقال ط : إنه لايعارض المنقول. وقال الرحمتى : ولعله محمول على ما إذا تعين عليها ذلك اهـ .

قلت : لكن المتبادر من كلامهم الإطلاق ، ولا مانع من أن يكون تزوجه بها مع علمه بحالها رضا بإسقاط حقه تأمل . ثم رأيت فى نفقات البحر ذكر عن النوازل أنها تخرج بإذنه وبدونه ثم نقل عن الخانية تقييده بإذن الزوج (قوله فيما عدا ذلك) عبارة الفتح : وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة لايأذن لها ولاتخرج الخ (قوله والمعتمد الخ) عبارته فيما سيجيء فى النفقة : وله منعها من الحمام إلا النفساء وإن جاز بلا تزين وكشف عورة أحد. قال الباقانى : وعليه فلا خلاف فى منعهن للعلم بكشف بعضهن ، وكذا فى الشرنبلالية معزيا للكمال اهـ وليس عدم التزين خاصا بالحمام لما قاله الكمال . وحيث أبحنا لها الخروج فبشرط عدم الزينة فى الكل ، وتغيير الهيئة إلى ما لايكون داعية إلى نظر الرجال واستمالتهم (قوله مؤجلا ومعجلا) تفسير لقوله كله والنصب بتقدير يعنى .

مطلب فى السفر بالزوجة

قال فى البحر عن شرح المجمع : وأفتى بعضهم بأنه إذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان مأمونا سافر بها وإلا لا لأن التأجيل إنما ثبت بحكم العرف ، فلعلها إنما رضيت بالتأجيل لأجل إمساكها فى بلدها ، أما إذا أخرجها إلى دار الغربة فلا الخ (قوله لكن فى النهر الخ) ومثله فى البحر حيث ذكر أولا أنه إذا أوفاها المعجل فالفتوى على أنه يسافر بها كما فى جامع الفصولين . وفى الخانية والولوالجية أنه ظاهر الرواية ، ثم ذكر عن الفقيهين أبى القاسم الصفار وأبى الليث أنه ليس له السفر مطلقا بلا رضاها لفساد الزمان لأنها لاتأمن على نفسها فى منزلها فكيف إذا خرجت وأنه صرح فى المختار بأن عليه الفتوى . وفى المحيط أنه المختار . وفى الولوالجية أن جواب ظاهر الرواية كان فى زمانهم ، أما فى زماننا فلا ، وقال : فجعله من باب اختلاف الحكم باختلاف العصر والزمان كما قالوا فى مسألة الاستئجار على الطاعات ، ثم ذكر مافى المتن عن شرح المجمع لمصنفه ، ثم قال : فقد اختلف الإفتاء ، والأحسن الإفتاء بقول الفقيهين من غير تفصيل ، واختاره كثير من مشايخنا كما فى الكافى ، وعليه عمل القضاء فى زماننا كما فى أنفع الوسائل اهـ .

وجزم به البزازى وغيره . وفى المختار : وعليه الفتوى . وفىالفصول : يفتى بما يقع عنده من المصلحة (وينقلها فيما دون مدته) أى السفر (من المصر إلى القرية وبالعكس) ومن قرية إلى قرية ، لأنه ليس بغربة ، وقيده فى التاتارخانية بقرية يمكنه الرجوع قبل الليل إلى وطنه ، وأطلقه فى الكافى قائلا : وعليه الفتوى

ولا يقال : إنه إذا اختلف الإفتاء لايعدل عن ظاهر الرواية لأن ذلك فيما لايكون مبنيا على اختلاف الزمان كما أفاده كلام الولوالجية ، وقول البحر فجعله الخ فإن الاستئجار على الطاعات كالتعليم ونحوه لم يقل بجوازه الإمام ولا صاحباه . وأفتى به المشايخ للضرورة التى لو كانت فى زمان الإمام لقال به ، فيكون ذلك مذهبه حكما كما أوضحت ذلك فى شرح أرجوزتى المنظومة فى رسم المفتى فافهم (قوله وجزم به البزازى) كذا فى النهر مع أن الذى حط عليه كلام البزازى تفويض الأمر إلى المفتى ، فإنه قال وبعد إيفاء المهر إذا أراد أن يخرجها إلى بلاد الغربة يمنع من ذلك ، لأن الغريب يؤذى ويتضرر لفساد الزمان :

ما أذل الغريب ما أشقاه كل يوم يهينه من يراه

كذا اختار الفقيه وبه يفتى وقال القاضى : قول الله تعالى — أسكنوهن من حيث سكنتم — أولى من قول الفقيه قبل قوله تعالى — ولا تضاروهن — فى آخره دليل قول الفقيه . لأناقد علمنا من عادة زماننا مضارة قطعية فى الاغتراب بها . واختار فى الفصول قول القاضى ، فيفتى بما يقع عنده من المضارة وعدمها ، لأن المفتى إنما يفتى بحسب مايقع عنده من المصلحة اه . فقوله فيفتى الخ صريح فى أنه لم يجزم بقول الفقيه ولا بقول القاضى ، وإنما جزم بتفويض ذلك إلى المفتى المسئول عن الحادثة ، وأنه لاينبغى طرد الإفتاء بواحد من القولين على الإطلاق ، فقد يكون الزوج غير مأمون عليها يريد نقلها من بين أهلها ليؤذيها أو يأخذ مالها ، بل نقل بعضهم أن رجلا سافر بزوجته وادعى أنها أمته وباعها فمن علم منه المفتى شيئا من ذلك لايحل له أن يفتيه بظاهر الرواية ، لأنا نعلم يقينا أن الإمام لم يقل بالجواز فى مثل هذه الصورة . وقد يتفق تزوج غريب امرأة غريبة فى بلدة ولا يتيسر له فيها المعاش فيريد أن ينقلها إلى بلده أو غيرها وهو مأمون عليها ، بل قد يريد نقلها إلى بلدها فكيف يجوز العدول عن ظاهر الرواية فى الصورة والحال أنه لم يوجد الضرر الذى علل به القائل بخلافه بل وجد الضرر للزوج دونها فنعلم يقينا أيضا أن من أفتى بخلاف ظاهر الرواية لايقول بالجواز فى مثل هذه الصورة ؛ ألا ترى أن من ذهب بزوجته للحج فقام بها فى مكة مدة ثم حج وامتنعت من السفر معه إلى بلده هل يقول أحد بمنعه عن السفر بها وبتركها وحدها تفعل ما أرادت ، فتعين تفويض الأمر إلى المفتى ، وليس هذا خاصا بهذه المسألة بل لو علم المفتى أنه يريد نقلها من محلة إلى محلة أخرى فى البلدة بعيدة عن أهلها لقصد إضرارها لايجوز له أن يعينه على ذلك ومن أراد الاطلاع على أزيد من ذلك فلينظر فى رسالتنا المسماة [نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف] التى شرحت بها بيتا من أرجوزتى فى رسم المفتى وهو قولى :

والعرف فى الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

(قوله وفى الفصول الخ) قد علمت أن هذا اختيار صاحب البزازية وأن مافى الفصول غيره (قوله وقيده) الضمير يعود إلى النقل المفهوم من قوله وينقلها ، وكذا الضمير فى قوله وأطلقه ، وقوله يمكنه الرجوع الأولى يمكنها .

وفى الشرنبلالية : وينبغى العمل بالقول بعدم نقلها من المصر إلى القرية فى زماننا لما هو ظاهر من فساد الزمان ، والقول بنقلها إلى القرية ضعيف ، لقول الاختيار : وقيل يسافر بها إلى قرى المصر القريبة لأنها ليست

(وإن اختلفا) فى المهر (ففى أصله) حلف منكر التسمية ، فإن نكل ثبت ، وإن حلف (يجب مهر المثل) وفى المهر يحلف (إجماعا ، و) إن اختلفا (فى قدره حال قيام النكاح فالقول لمن شهد له مهر المثل) بيمينه (وأى أقام بينة قبلت) سواء (شهد مهر المثل له أولها أولا ولا ، وإن أقاما البينة فبينتها) مقدمة

بغربة اه وليس المراد السفر الشرعى ، بل النقل لقوله لأنها ليست بغربة اه مافى الشرنبلالية .

قلت : وفيه أنه بعد تصريح الكافى بأن الفتوى على جواز النقل ، وقول القنية إنه الصواب كيف يكون ضعيفا ، نعم لو اقتصر على الترجيح بفساد الزمان لكان أولى ، لكن ينبغى العمل بمامر عن البزازية من تفويض الأمر إلى المفتى ؛ حتى لو رأى رجلا يريد نقلها للإضرار بها والإيذاء لايفتيه ولا سيما إذاكانت من أشراف الناس ولم تكن القرية مسكنا لأمثالها ، فإن المسكن يعتبر بحالها كالنفقة كما سيأتى فى بابها .

مطلب مسائل الاختلاف فى المهر

(قوله وإن اختلفا فى المهر) قال فى الفتح : الاختلاف فى المهر إما فى قدره أو فى أصله ، وكل منهما فى حال الحياة أو بعد موتهما أو موت أحدهما ، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله (قوله ففى أصله) بأن ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر (قوله حلف) أى بعد عجز المدعى عن البرهان ، ولم يتعرض الشارحون للتحليف لظهوره كما فى البحر (قوله يجب مهر المثل) قال فى البحر : ظاهر أنه يجب بالغا مابلغ ، وليس كذلك ، بل لايزاد على ما ادعته المرأة لو هى المدعية للتسمية ، ولا ينقص عما ادعاه الزوج لو هو المدعى لها كما أشار إليه فى البدائع اه .

قلت : هذا يظهر لو سمى المدعى شيئا وإلا فلا تأمل . ثم هذا مقيد بما إذا كان الاختلاف قبل الطلاق مطلقا أو بعده وبعد الدخول أو الخلوة أما لو طلقها قبل الدخول والخلوة فالواجب المتعة كما فى البحر ، ولم يتعرض له هنا لانفهامه من قوله الآتى وفى الطلاق قبل الوطء حكم متعة المثل (قوله وفى المهر يحلف إجماعا) إشارة إلى الرد على صدر الشريعة حيث قال ينبغى أن لايحلف المنكر عند أبى حنيفة لأنه لاتحليف عنده فى النكاح فيجب مهر المثل . قال فى البحر : وفيه نظر ، لأن التحليف هنا على المال لاعلى أصل النكاح فيتعين أن يحلف منكر التسمية إجماعا اه وكذا اعترضه صاحب الدرر وابن الكمال ونسبه إلى الوهم (قوله إجماعا) قيد لقوله يجب ولقوله يحلف (قوله وإن اختلفا فى قدره) أى نقدا كان أو مكيلا أو موزونا ، وهو دين موصوف فى الذمة أو عين . وقيد بالقدر لأنه لو كان فى جنسه كالعبد والجارية أو صفته من الجودة والرداءة أو نوعه كالتركى والرومى ؛ فإن كان المسمى عينا فالقول للزوج ، وإن كان دينا فهو كالاختلاف فى الأصل ، وتمامه فى البحر (قوله حال قيام النكاح) أى قبل الدخول أو بعده ، وكذا بعد الطلاق والدخول رحمتى ، أما بعد الطلاق قبل الدخول فيأتى (قوله فالقول لمن شهد له مهر المثل) أى فيكون القول لها إن كان مهر مثلها كما قالت أو أكثر ، وله إن كان كما قال أو أقل ، وإن كان بينهما أى أكثر مما قال وأقل مما قالت ولا بينة تحالفا ولزم مهر المثل كذا فى الملتقى وشرحه ، وهذا على تخريج الرازى .

وحاصله أن التحالف فيما إذا خالف قولها ، أما إذا وافق قول أحدهما فالقول له وهو المذكور فى الجامع الصغير . وعلى تخريج الكرخى يتحالفان فى الصور الثلاث ثم يحكم مهر المثل ، وصححه فى المبسوط والمحيط ، وبه جزم فى الكنز فى باب التحالف . قال فى البحر : ولم أر من رجح الأول .

(إن شهد مهر المثل له ، وبينته) مقدمة (إن شهد) مهر المثل (لها) لأن البينات لإثبات خلاف الظاهر (وإن كان مهر المثل بينهما تحالفا ، فإن حلفا أو برهنا قضى به ، وإن برهن أحدهما قبل برهانه) لأنه نوّر دعواه .

(وفى الطلاق قبل الوطء حكم متعة المثل) لو المسمى دينا

وتعقبه فى النهر بأن تقديم الزيلعى وغيره له تبعا للهداية يؤذن بترجيحه ، وصححه فى النهاية . وقال قاضيخان : إنه الأولى ، ولم يذكر فى شرح الجامع الصغير وغيره ، والأولى البداءة بتحليف الزوج ، وقيل يقرع بينهما اه .

قلت : بقى ما إذا لم يعلم مهر المثل كيف يفعل ؟ والظاهر أنه يكون القول للزوج لأنه منكر للزيادة كما تقدم فيما إذا لم يوجد من يماثلها تأمل (قوله وبينته مقدما الخ) هذا ماقاله بعض المشايخ ، وجزم به فى الملتقى ، وكذا الزيلعى هنا وفى باب التحالف . وقال بعضهم : تقدم بينتها أيضا لأنها أظهرت شيئا لم يكن ظاهرا بتصادقهما كما فى البحر (قوله لإثبات خلاف الظاهر) أى والظاهر مع من شهد له مهر المثل ط (قوله وإن كان الخ) هذا بيان لثالث الأقسام فى قوله فالقول لمن شهد له مهر المثل ، وقوله وإن أقاما البينة الخ فإنه إذا لم يقيما البينة أو أقاماها قد يشهد مهر المثل له أو لها أو يكون بينهما فقدم بيان القسمين الأولين فى المسألتين ، وهذا بيان الثالث ، وقوله فإن حلفا راجع إلى المسألة الأولى وقوله أو برهنا راجع إلى الثانية ، لكن كان عليه حذف قوله تحالفا لأنه إذا برهنا لاتحالف (قوله تحالفا) فإن نكل الزوج يقضى بألف وخمسمائة ، كما لو أقر بذلك صريحا ، وإن نكلت المرأة وجب المسمى ألف لأنها أقرت بالحط ، وكذا فى العناية .

واعترضه فى السعدية بأنه إذا نكل يقضى بألفين على ما عرف أن أيهما نكل لزمه دعوى الآخر اه .

وصورة المسألة فيما إذا ادعت الألفين وادعى هو الألف وكان مهر المثل ألفا وخمسمائة (قوله قضى به) أى بمهر المثل ، لكن إذا برهنا يتخير الزوج فى مهر المثل بين دفع الدراهم والدنانير ، بخلاف التحالف لأن بينة كل واحد منهما تنفى تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل ، ولا كذلك التحالف لأن وجوب قدر مايقرب به الزوج بحكم الاتفاق والزائد بحكم مهر المثل بحر ، وتمامه فيه (قوله وإن برهن أحدهما الخ) أى فيما إذا كان مهر المثل بينهما ، ويغنى عن هذا قوله قبله وأى أقام بينة قبلت شهد له مهر المثل أولا ، فإن قوله أولا صادق بما إذا شهد لها أو كان بينهما (قوله لأنه نور دعواه) أى لأن المبرهن أظهر دعواه وأوضحها بإقامة برهانه ط (قوله وفى الطلاق) مقابل قوله حال قيام النكاح (قوله قبل الوطء) أى أو الخلوة نهر (قوله حكم متعة المثل) فيكون القول لها إن كانت متعة المثل كنصف ماقالت أو أكثر ، وله إن كانت المتعة كنصف ماقال أو أقل ، وإن كانت بينهما تحالفا ولزمت المتعة .

وعند أبى يوسف القول له قبل الدخول وبعده لأنه ينكر الزيادة إلا أن يذكر مالايتعارف مهرا أو متعة لها ، كذا فى الملتقى وشرحه .

وذكر فى البحر أن رواية الأصل والجامع الصغير أن القول للزوج فى نصف المهر من غير تحكيم للمتعة ، وأنه صححه فى البدائع وشرح الطحاوى ، ورجحه فى الفتح بأن المتعة موجبة فيما إذا لم تكن تسمية ، وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج ، ويحلف على نصف دعواها الزائد اه . والحاصل ترجيح قول أبى يوسف ، لكن نقضه فى الفتح بعد ذلك ، وتمامه فيما علقناه على البحر (قوله لو المسمى دينا) هو مايثبت فى الذمة غير معين ، بل بالوصف كالنقود والمكيل والموزون والمذروع كما يعلم مما قدمناه عن البحر

وإن عينا كمسألة العبد والجارية فلها المتعة بلا تحكيم إلا أن يرضى الزوج بنصف الجارية (وأى أقام بينة قبلت ، فإن أقاما فبينتها) أولى (إن شهدت له) المتعة (وبينته إن شهدت لها ، وإن كانت) المتعة (بينهما تحالفا ، وإن حلف وجب متعة المثل ؛ وموت أحدهما كحياتهما فى الحكم) أصلا وقدرا لعدم سقوطه بموت أحدهما (وبعد موتهما فى القدر القول لورثته ، و) فى الاختلاف (فى أصله) القول لمنكر التسمية (لم يقض بشيء) مالم يبرهن على التسمية (وقالا يقضى بمهر المثل) كحال حياة (وبه يفتى وهذا) كله (إذا لم تسلم نفسها ، فإن سلمت ووقع الاختلاف فى الحالين) الحياة وبعدها (لايحكم بمهر المثل) لأنها لاتسلمه نفسها إلابعد تعجيل شيء عادة (بل يقال لها لابد أن تقرى بما تعجلت وإلا قضينا عليك بالمتعارف) تعجيله (ثم يعمل فى الباقى بما ذكرنا)

(قوله وإن عينا) أى معينا (قوله كمسألة العبد والجارية) أى المذكورة فى البحر فى الاختلاف فى القدر قبل الطلاق بقوله وإن كان المسمى عينا بأن قال تزوجتك على هذا العبد وقالت المرأة على هذه الجارية الخ فالمسألة مفروضة فى المعين المشار إليه لافى مطلق عبد وجارية فافهم (قوله فلها المتعة الخ) قال فى البحر فلها المتعة من غير تحكيم إلا أن يرضى الزوج أن تأخذ نصف الجارية ، بخلاف ماإذا اختلفا فى الألف والألفين ، لأن نصف الألف ثابت بيقين لاتفاقهما على تسمية الألف ، والملك فى نصف الجارية ليس بثابت بيقين لأنهما لم يتفقا على تسمية أحدهما فلا يمكن القضاء بنصف الجارية إلا باختيارهما فإذا لم يوجد سقط البدلان فوجب الرجوع إلى المتعة ، كذا فى البدائع (قوله تحالفا) وتهاترت البينتان (قوله وإن حلفا) الأولى التفريع بالفاء (قوله أصلا وقدرا) فإن كان الاختلاف بين الحى وورثة الميت فى الأصل ، بأن ادعى الحى أن المهر مسمى وورثة الآخر أنه غير مسمى أو بالعكس وجب مهر المثل ، وإن كان فى المقدار حكم مهر المثل ط عن أبى السعود (قوله لعدم سقوطه) أى مهر المثل . قال فى الدرر لأن مهر المثل لايسقط اعتباره بموت أحدهما ؛ ألا ترى أن للمفوضة مهر المثل إذا مات أحدهما (قوله القول لورثته) فيلزمهم مااعترفوا به بحر ، ولا يحكم بمهر المثل لأن اعتباره يسقط عند أبى حنيفة بعد موتهما درر (قوله القول لمنكر التسمية) هم ورثة الزوج أيضا كما فى البحر ، فالقول لهم فى المسألتين ، ولذا قال فى الكنز ولو ماتا ولو فى القدر فالقول لورثته فلو وصلية كما أفاده فى النهر والعينى ، فتفيد أن الاختلاف فى التسمية كذلك (قوله لم يقض بشيء) الأولى ولم يقض بالعطف أى لأن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فلا يمكن للقاضى أن يقدر مهر المثل كما فى الهداية ، لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات ، فإذا تقادم العهد يتعذر الوقوف على مقداره فتح ، وهذا يدل على أنه لو كان العهد قريبا قضى به بحر . قلت : وبه صرح قاضيخان فى شرح الجامع (قوله مالم يبرهن) بالبناء للمجهول : أى مالم يبرهن ورثة الزوجة (قوله وبه يفتى) ذكره فى الخانية ، وتبعه فى متن الملتقى ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، لكن الشافعى يقول بعد التحالف . وعندنا وعند مالك لايجب التحالف فتح ، وانظر إذا تقادم العهد كيف يقضى بمهر المثل .

وقد يقال : يجرى فيه ماتقدم من أنه إذا لم يوجد من يماثلها من قوم أبيها ولا من الأجانب فالقول للزوج ، لكن مر أن القول له بيمينه تأمل .

ثم رأيت فى البزازية معترضا على قول الكرخى إن جواب الإمام يتضح فى تقادم العهد بقوله ، وفيه نظر لأنه إذا تعذر اعتبار مهر المثل لايكون الظاهر شاهدا لأحد فيكون القول لورثة الزوج لكونهم مدعى عليهم كما فى سائر الدعاوى (قوله وهذا كله الخ) نقله فى البحر عن المحيط ، وقال : وأقره عليه الشارحون اهـ وكذا ذكره قاضيخان فى شرح الجامع وأقره .

وهذا إذا ادعى الزوج إيصال شيء إليها بحر .

(ولو بعث إلى امرأته شيئا ولم يذكر جهة عند الدفع غير) جهة (المهر) كقوله لشمع أو حناء ثم قال إنه من المهر لم يقبل قنية لوقوعه هدية فلا ينقلب مهرا (فقالت هو) أى المبعوث (هدية وقال هو من المهر) أو من الكسوة أو عارية (فالقول له) بيمينه والبينة لها ، فإن حلف والمبعوث قائم فلها أن ترده

قلت : وحاصل ذلك أن المرأة إذا مات زوجها وقد دخل بها فجاءت تطلب مهرها هى أو ورثتها بعد موتها وقد جرت العادة أنها لاتسلم نفسها إلا بعد قبض شيء من المهر كمائة درهم مثلا لايحكم لها بجميع مهر المثل عند عدم التسمية بل ينظر ، فإن أقرت بما تعجلت من المتعارف وإلا قضى عليها به ثم يعمل فى الباقى كما ذكرنا : أى إن حصل اتفاق على قدر المسمى يدفع لها الباقى منه ، وإلا فإن أنكر ورثة الزوج أصل التسمية فلها بقية مهر المثل وإن أنكروا القدر فالقول لمن شهد له مهر المثل ، وبعد موتها القول فى قدره لورثة الزوج ، هذا هو المفهوم من هذه العبارة ، فسرنا المتعارف تعجيله بمائة مثلا ليأتى قوله قضينا عليك بالمتعارف ، وقوله ثم يعمل فى الباقى كما ذكرنا لأنه لو كان المتعارف حصة شائعة كثلثى المهر كما هو المتعارف فى زماننا لايمكن أن يقضى عليها به إلا إذا كان المهر مسمى معلوم القدر ، وإذا كان كذلك لايتأتى فيه التفصيل المار ، ولكن يعلم منه أن الحكم كذلك فيقضى عليها بالثلثين مثلا ويدفع لها الباقى .

وفى المنح عن الخانية : رجل مات وترك أولادا صغارا فادعى رجل دينا على الميت أو وديعة وادعت المرأة مهرها ، قال أبو القاسم ليس للوصى أن يؤدى شيئا من الدين والوديعة مالم يثبت بالبينة .

وأما المهر : فإن ادعت قدر مهر مثلها دفعه إليها إذا كان النكاح ظاهرا معروفا ويكون النكاح شاهدا لها قال الفقيه أبو الليث : إن كان الزوج بنى بها فإنه يمنع منها مقدار ماجرت العادة بتعجيله ويكون القول قول المرأة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهر مثلها اهـ .

هذا ، ونقل الرحمتى عن قاضيخان أنه قال إن فى هذا نوع نظر لأن كل المهر كان واجبا بالنكاح فلا يقضى بسقوط شيء منه بحكم الظاهر لأنه لايصلح حجة لإبطال ما كان ثابتا اهـ ثم أطال فى تأييد كلام القاضى ورد على الرملى فى اعتراضه على القاضى بأن النظر مدفوع بغلبة فساد الناس ، فقال إن الفساد لايسقط به حق ثابت بلا دليل والمهر دين فى ذمة الزوج وقضاء بعضه إثبات دين فى ذمتها بقدره وذلك لايكون بظاهر الحال ، لأن الظاهر يصلح للدفع لا للإثبات .

قلت : وذكر فى البزازية قريبا مما قاله القاضى ، لكن ماقاله الفقيه مبنى على أن العرف الشائع مكذب لها فى دعواها عدم قبض شيء ، وحيث أقره الشارحون وكذا قاضيخان فى شرح الجامع فيفتى به وهو نظير إعمالهم العرف وتكذيب الأب أن الجهاز عارية على مايأتى بيانه مع أنه هو المملك ، فلولا العرف لكان القول قوله ، والله أعلم (قوله وهذا إذا ادعى الزوج الخ) هذا من عند صاحب البحر ، والمراد الزوج لو كان حيا أو ورثته كما هو ظاهر فلا يرد مافى الشرنبلالية من أن هذا لايأتى فى حال موتهما .

مطلب فيما يرسله إلى الزوجة

(قوله ولو بعث إلى امرأته شيئا) أى من النقدين أو العروض أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعد مابنى بها نهر (قوله ولم يذكر الخ) المراد أنه لم يذكر المهر ولا غيره ط (قوله كقوله الخ) تمثيل للمنفى وهو يذكر (قوله والبينة لها) أى إذا أقام كل منهما بينة تقدم بينتها ط (قوله فلها أن ترده) لأنها لم ترض بكونه مهرا بحر

وترجع بباقى المهر ذكره ابن الكمال .

ولو عوضته ثم ادعاه عارية فلها أن تسترد العوض من جنسه زيلعى (فى غير المهيأ للأكل) كثياب وشاة حية وسمن وعسل وما يبقى شهرا أخى زاده (و) القول (لها) بيمينها (فى المهيأ له)

(قوله وترجع بباقى المهر) أو كله إن لم يكن دفع لها شيئا منه. قال فى النهر : وإن هلك وقد بقى لأحدهما شيء رجع به اهـ أما لو كانت قيمة الهالك قدر المهر فلا رجوع لأحد .

وفى البزازية : اتخذ لها ثيابا ولبستها حتى تخرقت ثم قال هو من المهر وقالت هو من النفقة أعنى الكسوة الواجبة عليه فالقول لها ، ولو الثوب قائما فالقول له لأنه أعرف بجهة التمليك ، بخلاف الهالك لأنه يدعى سقوط بعض المهر والمرأة تنكر ، وبالهلاك خرج عن المملوكية وحيث لاملك بحال فالاختلاف فى جهة التمليك باطل ، فيكون اختلافا فى ضمان الهالك وبدله ، فالقول لمن يملك البدل والضمان اهـ ملخصا .

واستشكله فى النهر وقال هذا يقتضى أن القول لها فى الهالك فى مسألة المتن ، وهو مخالف لما قدمناه ، والفرق يعسر فتدبره اهـ .

قلت : بل الفرق يسير إن شاء الله تعالى ، وذلك أن مسألة المتن فى دعواها أنه هدية فلا تصدق ويكون القول له فى حالتى الهلاك وعدمه ، لأنه المملك ولا شيء يخالف دعواه ، أما هنا فقد ادعت الكسوة الواجبة عليه فيكون القول له فى القائم لما ذكرنا وتطلب منه مهرها وكسوتها .

أما الهالك فالقول لها فيه لأمرين : أحدهما أن الظاهر يصدقها فيه كما يأتى فى المهيإ للأكل وما ينقله الشارح عن الفقيه . ثانيهما أنه لو كان القول له فيه لزم ضياع حقها فى الكسوة الواجبة عليه ، لأنها من النفقة والنفقة تسقط بمضى المدة فلا يمكنها المطالبة عما مضى ويلزم بذلك فتح باب الدعاوى الباطلة ، بأن يدعى كل زوج بعد عشرين سنة أن جميع مادفع لها من كسوة ونفقة من المهر فيرجع عليها بقيمته ، وفى ذلك ما لا يرضاه الشرع من الإضرار بالنساء مع أن الظاهر والعادة تكذبه . أما فى القائم فلا ضرر لأنها تطالبه بكسوة أخرى إذا لم يرض بكونه كسوة ، ولا تقتضى العادة أن يكون المدفوع كسوتها لأن له أن يقول أعطيها كسوة غيرها ، هذا ماظهر لى ، والله الميسر لكل عسير (قوله ولو عوضته) وكذا لو عوضه أبوها من مالها بإذنها أو من ماله فله الرجوع أيضا كما فى الفتح وكأنه فى البحر لم يره ، فاستشكل ماقاله فى الفتح قبل ذلك من أنه لو بعث أبوها من ماله فله الرجوع لو قائما وإلا فلا ولو من مالها بإذنها فلا رجوع لأنه هبة منها ، والمرأة لاترجع فى هبة زوجها اهـ .

قلت : وهذا محمول على ماإذا كان لاعلى جهة التعويض ، فلا ينافى قول الشارح ولو عوضته الخ بقرينة مانقلناه أولا عن الفتح .

هذا ، وقد ذكر مسألة التعويض فى الفتح وغيره مطلقة وكذا فى الخانية ، لكنه قال فيها : وقال أبو بكر الإسكاف : إن صرحت حين بعثت أنها عوض فكذلك وإلا كان هبة منها وبطلت نيتها اهـ ومثله فى الهندية ، وهذا يحتمل أن يكون بيانا لمرادهم أو حكاية لقول آخر تأمل. وينبغى اعتبار العرف فيما يقصد به التعويض فيكون كالملفوظ تأمل ، ومافى ط من أن المعتمد خلاف ماقاله الإسكاف وعزاه إلى الهندية لم أره فيها ، نعم سيذكر الشارح فى آخر كتاب الهبة أنه لافرق بين تصريحها بالعوض وعدمه (قوله من جنسه) لم يذكر الزيلعى هذه الزيادة ط ، ولم أر أحدا ذكرها ، ولعل المراد بها أن العوض لو كان هالكا وهو مثلى ترجع عليه بمثله فأراد بالجنس المثل

كخبز ولحم مشوى ، لأن الظاهر يكذبه ، ولذا قال الفقيه : المختار أنه يصدق فيما لايجب عليه كخف وملاءة لافيما يجب كخمار ودرع ، يعنى مالم يدع أنه كسوة ، لأن الظاهر معه .

(خطب بنت رجل وبعث إليها أشياء ولم يزوجها أبوها فما بعث للمهر يسترد عينه قائما) فقط وإن تغير بالاستعمال (أو قيمته هالكا) لأنه معاوضة ولم تتم فجاز الاسترداد (وكذا) يسترد (مابعث هدية وهو قائم دون الهالك والمستهلك) لأنه فى معنى الهبة .

(ولو ادعت أنه) أى المبعوث (من المهر وقال هو وديعة ، فإن كان من جنس المهر فالقول لها ، وإن كان

تأمل (قوله مشوى) لا مفهوم له ط (قوله لأن الظاهر يكذبه) قال فى الفتح : والذى يجب اعتباره فى ديارنا أن جميع ماذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة ، لأن المتعارف فى ذلك كله أن يرسله هدية ، والظاهر معها لا معه ، ولا يكون القول قوله إلا فى نحو الثياب والجارية اه .

قال فى البحر : وهذا البحث موافق لما فى الجامع الصغير ، فإنه قال إلا فى الطعام الذى يؤكل فإنه أعم من المهيأ للأكل وغيره اه .

قال فى النهر : وأقول وينبغى أن لايقبل قوله أيضا فى الثياب المحمولة مع السكر ونحوه للعرف اه .

قلت : ومن ذلك مايبعثه إليها قبل الزفاف فى الأعياد والمواسم من نحو ثياب وحلى ، وكذا مايعطيها من ذلك أو من دراهم أو دنانير صبيحة ليلة العرس ويسمى فى العرف صبحة ، فإن كل ذلك تعورف فى زماننا كونه هدية لامن المهر ولاسيما المسمى صبحة ، فإن الزوجة تعوضه عنها ثيابا ونحوها صبيحة العرس أيضا (قوله ولذا قال الفقيه) أى أبو الليث (قوله كخف وملاءة) لأنه لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها إلا فيما سنذكره فتح .

قلت : ينبغى تقييد ذلك بما لم تجربه العادة ، لما حررناه من أن ذلك فى عرفنا يلزم الزوج وأنه من جملة المهر كما قدمناه عن الملتقط أن لها منع نفسها للمشروط عادة كالخف والمكعب وديباج اللفافة ودراهم السكر الخ ومثله فى عرفنا مناشف الحمام ونحوها ، فإن ذلك بمنزلة المشروط فى المهر فيلزمه دفعه ولاينافيه وجوب منعها من الخروج والحمام كما لايخفى (قوله كخمار ودرع) ومتاع البيت بحر ، فمتاع البيت واجب عليه ؛ فهذا محل ذكره فافهم ، وسيذكر المصنف فى النفقة أنه يجب عليه آلة الطحن وآنية شراب وطبخ ككوز وجرة وقدر ومغرفة . قال الشارح : وكذا سائر أدوات البيت كحصير ولبد وطنفسة الخ (قوله مالم يدع أنه كسوة) هذا تقييد من عند صاحب الفتح وأقره فى البحر : أى أن مايجب عليه لو ادعاه مهرا لايصدق ، لأن الظاهر يكذبه ؛ أما لو ادعى أنه كسوة وادعت أنه هدية فالقول له لأن الظاهر معه (قوله ولم يزوجها أبوها) مثله ما إذا أبت وهى كبيرة ط (قوله فما بعث للمهر) أى مما اتفقا على أنه من المهر أو كان القول له فيه على ماتقدم بيانه (قوله فقط) قيد فى عينه لا فى قائما ، واحترز به عما إذا تغير بالاستعمال كما أشار إليه الشارح . قال فى المنح لأنه مسلط عليه من قبل المالك فلا يلزم فى مقابلة ما انتقص باستعماله شىء ح (قوله أو قيمته) الأولى أو بدله ليشمل المثلى (قوله لأنه فى معنى الهبة) أى والهلاك والاستهلاك مانع من الرجوع بها ، وعبارة البزازية لأنه هبة اه ومقتضاه أنه يشترط فى استرداد القائم القضاء أو الرضا ، وكذا يشترط عدم مايمنع من الرجوع ، كما لو كان ثوبا فصبغته أو خاطته ، ولم أر من صرح بشىء من ذلك فليراجع ، والتقييد بالهدية احترازا عن النفقة فيما يظهر كما يأتى فى مسألة الإنفاق على معتدة الغير (قوله ولو ادعت الخ) ذكر فى البحر هذه المسألة عند قول الكنز بعث إلى امرأته شيئا الخ وقال قيد بكونه ادعاه مهرا

من خلافه فالقول له) بشهادة الظاهر .
(أنفق) رجل (على معتدة الغير

لأنه لو ادعته مهرا وادعاه وديعة فإن كان من جنس المهر فالقول لها وإلا فله اه .

فعلم أن هذه المسألة فى دعوى الزوجة لافى دعوى المخطوبة التى لم يزوجها أبوها فكان المناسب ذكرها قبل قوله خطب بنت رجل الخ وذلك لأن دعوى المخطوبة أن المبعوث من المهر تضرها لأنه يلزمها رده قائما وهالكا فالمناسب أن تكون دعوى الوديعة لها ودعوى المهر للزوج ، لأن الوديعة لايلزمها ردها إذا هلكت ، بخلاف الزوجة فإن دعواها أنه من المهر تنفعها لمنع الاسترداد مطلقا ، ودعواه أنه وديعة تنفعه لأنه يطالبها باستردادها قائمة وبضمانها مستهلكة (قوله بشهادة الظاهر) يرجع إلى الصورتين ط .

مطلب أنفق على معتدة الغير

(قوله أنفق على معتدة الغير الخ) حكى فى البزازية فى هذه المسألة ثلاثة أقوال مصححة . حاصل الأول أنه يرجع مطلقا شرط التزوج أولا تزوجته أولا ، لأنه رشوة . وحاصل الثانى أنه إن لم يشرط لايرجع . وحاصل الثالث وقد نقله عن فصول العمادى أنه إن تزوجته لا يرجع ، وإن أبت رجع شرط الرجوع أولا إن دفع إليها الدراهم لتنفق على نفسها وإن أكل معها لايرجع بشىء أصلا اه .

وحاصل مافى فتح القدير حكاية الأول والأخير . وحكى فى البحر الأول أيضا ثم قال : وقيل لا يرجع إذا زوجت نفسها وقد كان شرطه وصحح أيضا ، وإن أبت ولم يكن شرطه لايرجع على الصحيح اه فقوله لا يرجع إذا زوّجت نفسها الخ يفهم منه عدم الرجوع بالأولى إذا تزوجته ولم يشترط ، وقوله وإن أبت الخ يفهم منه أنه إن أبت وقد شرطه يرجع ، فصار حاصل هذا القول الثانى أنه يرجع فى صورة واحدة ، وهى ما إذا أبت وكان شرط التزوج .

ولا يرجع فى ثلاث : وهى ماإذا أبت ولم يشترطه ، أو تزوجته وشرطه ، أو لم يشرط ، فهذه أربعة أقوال كلها مصححة .

وذكر المصنف فى شرحه أن المعتمد مافى فصول العمادى أعنى القول الثالث وأن شيخه صاحب البحر أفتى به اه .

قلت : والذى اعتمده فقيه النفس الإمام قاضيخان هو القول الأول ، فإنه ذكر أنه إن شرط التزوج رجع لأنه شرط فاسد ، وإلا فإن كان معروفا فقيل يرجع وقيل لا ثم قال : وينبغى أن يرجع لأنه إذا علم أنه لو لم تتزوج لاينفق عليها كان بمنزلة الشرط كالمستقرض إذا أهدى إلى المقرض شيئا لم يكن أهدى إليه قبل الإقراض كان حراما ، وكذا القاضى لايجيب الدعوة الخاصة ، ولايقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضيا لايهدى إليه ، فيكون ذلك بمنزلة الشرط وإن لم يكن مشروطا اه وأيده فى الخيرية فى كتاب النفقات . وأفتى به حيث سئل فيمن خطب امرأة وأنفق عليها وعلمت أنه ينفق ليتزوجها فتزوجت غيره ، فأجاب بأنه يرجع ، واستشهد له بكلام قاضيخان المذكور وغيره وقال إنه ظاهر الوجه فلا ينبغى أن يعدل عنه اه .

[تنبيه] أفاد مافى الخيرية حيث استشهد على مسألة المخطوبة بعبارة الخانية أن الخلاف الجارى هنا جار فى مسألة المخطوبة المارة وأن مامر فيها من أن له استرداد القائم دون الهالك والمستهلك خاص بالهدية دون النفقة والكسوة ،

بشرط أن يتزوجها) بعد عدتها (إن تزوجته لا رجوع مطلقا ، وإن أبت فله الرجوع إن كان دفع لها ، وإن أكلت معه فلا مطلقا) بحر عن العمادية .

وفيه عن المبتغى (جهز ابنته بجهاز وسلمها ذلك ليس له الاسترداد منها ولا لورثته بعده إن سلمها ذلك فى صحته) بل تختص به (وبه يفتى) وكذا لو اشتراه لها فى صغرها ولوالجية .

والحيلة أن يشهد عند التسليم إليها أنه إنما سلمه عارية ، والأحوط أن يشتريه منها ثم تبرئه درر .

إذ لاشك أن المعتدة مخطوبة أيضا ، ولا تأثير لكونها معتدة يحرم التصريح بخطبتها ، بل التأثير للشرط وعدمه ، وكونه شرطا فاسدا ، وكون ذلك رشوة كما علمته من تعليل الأقوال . وعلى هذا فما يقع فى قرى دمشق من أن الرجل يخطب امرأة ويصير يكسوها ويهدى إليها فى الأعياد ويعطيها دراهم للنفقة والمهر إلى أن يكمل لها المهر فيعقد عليها ليلة الزفاف ، فإذا أبت أن تتزوجه ينبغى أن يرجع عليها بغير الهدية الهالكة على الأقوال الأربعة المارة ، لأن ذلك مشروط بالتزوج كما حققه قاضيخان فيما مر .

وبقى ما إذا ماتت فعلى القول الأول لا كلام فى أن له الرجوع ، أما على الثالث فهل يلحق بالإباء ؟ لم أره . وينبغى الرجوع لأن الظاهر أن علة القول الثالث أنه كالهبة المشروطة بالعوض وهو التزوج كما يفيده ما فى حاوى الزاهدى برمز البرهان صاحب المحيط : بعثت الصهرة إلى بيت الختن ثيابا لا رجوع لها بعده ولو قائمة ثم سئل ، فقال لها الرجوع لو قائما . قال الزاهدى : والتوفيق أن البعث الأول قبل الزفاف ثم حصل للزفاف فهو كالهبة بشرط العوض وقد حصل فلا ترجع ، والثانى بعد الزفاف فترجع اه وكذا لم أر ما لو مات هو أو أبى فليراجع .

[تتمة] لم يذكر ما لو أنفق على زوجته ثم تبين فساد النكاح ، بأن شهدوا بالرضاع وفرق بينهما . ففى الذخيرة له الرجوع بما أنفق بفرض القاضى لأنه تبين أنها أخذت بغير حق ، ولو أنفق بلا فرض لا يرجع بشىء (قوله بشرط أن يتزوجها) الأولى أن يقول بطمع أن يتزوجها كما عبر فى البحر (قوله مطلقا) تفسير الإطلاق فى الموضعين كما دل عليه كلام المصنف فى شرحه شرط التزوج أو لم يشرطه ، ولذا قلنا الأولى أن يقول بطمع أن يتزوجها ليتأتى الإطلاق المذكور ، وهذا القول هو الثالث قد اعتمده المصنف فى متنه وشرحه . وقال فى الفيض : وبه يفتى (قوله وإن أكلت معه فلا) أى لأنه إباحة لا تمليك ، أو لأنه مجهول لا يعلم قدره تأمل . ولينظر وجه عدم الرجوع فى الهدية الهالكة أو المستهلكة على ما قلناه من عدم الفرق بين المخطوبة والمعتدة (قوله بحر عن العمادية) صوابه منح عن العمادية ، فإن ما فى المتن عزاه فى المنح إلى الفصول العمادية ، وهو القول الثالث من الأقوال الأربعة التى قدمناها . وأما ما فى البحر فهو القول الأول ، والقول الرابع ، ولم يذكر القول الثالث أصلا ولا وقع فيه العزو إلى العمادية (قوله ليس له الاسترداد منها) هذا إذا كان العرف مستمرا أن الأب يدفع مثله جهازا لا عارية كما يذكره قريبا وكان يغنيه ما يأتى عما ذكره هنا . ويمكن أن يكون هذا بيان حكم الديانة والآتى بيان حكم القضاء (قوله فى صحته) احتراز عما لو سلمها فى مرض موته فإنه تمليك للوارث ، ولا يصح بدون إجازة الورثة (قوله وكذا لو اشتراه لها فى صغرها) أى وإن سلمها فى مرضه أو لم يسلمها أصلا لأنها ملكته بشراء الأب لها قبل التسليم كما يأتى . ولو مات قبل دفع الثمن رجع البائع على تركته ولا رجوع للورثة عليها .

ففى أدب الأوصياء عن الخانية وغيرها الأب إذا شرى خادما للصغير ونقد الثمن من مال نفسه لا يرجع عليه إلا إذا أشهد بالرجوع وإن لم ينقده حتى مات ولم يكن أشهد أخذ من تركته ولا يرجع عليه بقية الورثة اه . (قوله والحيلة) أى فيما لو أراد الاسترداد منها (قوله والأحوط) أى لاحتمال أنه اشترى لها بعض الجهاز فى صغرها فلا يحل له

(أخذ أهل المرأة شيئا عند التسليم فللزوج أن يسترده) لأنه رشوة .
(جهز ابنته ثم ادعى أن مادفعه لها عارية وقالت هو تمليك أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الأب) أو ورثته بعد موته (عارية ف) المعتمد أن (القول للزوج ولها إذا كان العرف مستمرا أن الأب يدفع مثله جهازا لاعارية ، و) أما (إن مشتركا) كمصر والشام (فالقول للأب)

أخذه بهذا الإقرار ديانة كما فى البحر والدرر ، وكذا لو كان بعد ماسلمه إليها وهى كبيرة (قوله عند التسليم) أى بأن أبى أن يسلمها أخوها أونحوه حتى يأخذ شيئا ، وكذا لو أبى أن يزوجها فللزوج الاسترداد قائما أو هالكا لأنه رشوة بزازية . وفى الحاوى الزاهدى برمز الأسرار للعلامة نجم الدين : وإن أعطى إلى رجل شيئا لإصلاح مصالح المصاهرة إن كان من قوم الخطيبة أو غيرهم الذين يقدرون على الإصلاح والفساد وقال هو أجرة لك على الإصلاح لايرجع وإن قال على عدم الفساد والسكوت يرجع لأنه رشوة ، والأجرة إنما تكون فى مقابلة العمل والسكوت ليس بعمل وإن لم يقل هو أجرة يرجع ؛ وإن كان ممن لايقدرون على ذلك ، إن قال هو عطية أوأجرة لك على الذهاب والإياب أو الكلام أو الرسالة بينى وبينها لايرجع ، وإن لم يقل شيئا منها يكون هبة له الرجوع فيها إن لم يوجد مايمنع الرجوع (قوله وقالت هو تمليك) كذا فى الفتح والبحر وغيرهما . ويشكل جعل القول لها بأنه اعتراف بملكية الأب وانتقال الملك إليها من جهته ، وقد صرح فى البدائع بأن المرأة لو أقرت بأن هذا المتاع اشتراه لى زوجى سقط قولها لأنها أقرت بالملك له ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت إلا بدليل اهـ .

ويجاب بأن هذه من المسائل التى عملوا فيها بالظاهر كاختلاف الزوجين فى متاع البيت ونحوها مما يأتى فى كتاب الدعوى آخر باب التحالف ، ومثله مامر فى الاختلاف فى دعوى المهر والهدية (قوله فالمعتمد الخ) عبر عنه فى فتح القدير بأنه المختار للفتوى . ومقابله مانقله قبله من أن القول لها أى بدون تفصيل بشهادة الظاهر لأن العادة دفع ذلك هبة . وما اختاره الإمام السرخسى من أن القول للأب لأن ذلك يستفاد من جهته اهـ . والظاهر أن القول المعتمد توفيق بين هذين القولين بجعل الخلاف لفظيا (قوله فالقول للأب) أى مع اليمين كما فى فتاوى قارئ الهداية .

قلت : وينبغى تقييد القول للأب بما إذا كان الجهاز كله من ماله ، أما لو جهزها بما قبضه من مهرها فلا ، لأن الشراء وقع لها حيث كانت راضية بذلك وهو بمنزلة الإذن منها عرفا نعم لو زاد على مهرها فالقول له فى الزائد إن كان العرف مشتركا .

ثم اعلم أنه قال فى الأشباه : إن العادة إنما تعتبر إذا اطردت أوغلبت ، ولذا قالوا فى البيع : لو باع بدراهم أودنانير فى بلد اختلف فيها النقود مع الاختلاف فى المالية والرواج انصرف البيع إلى الأغلب . قال فى الهداية لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه اهـ كلام الأشباه .

مطلب فى دعوى الأب أن الجهاز عارية

قلت : ومقتضاه أن المراد من استمرار العرف هنا غلبته ، ومن الاشتراك كثرة كل منهما إذ لانظر إلى النادر ولأن حمل الاستمرار على كل واحد من أفراد الناس فى تلك البلدة لا يمكن ، ويلزم عليه إحالة المسألة إذ لاشك فى صدور العارية من بعض الأفراد ، والعادة الفاشية الغالبة فى أشراف الناس وأوساطهم دفع مازاد على المهر من الجهاز تمليكا سوى مايكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلى والثياب ، فإن الكثير منه أو الأكثر عارية ، فلو ماتت ليلة الزفاف لم يكن للرجل أن يدعى أنه لها بل القول فيه للأب أو الأم أنه عارية أومستعار لها كما يعلم من قول

كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها (والأم كالأب فى تجهيزها) وكذا ولى الصغيرة شرح وهبانية.

واستحسن فى النهر تبعا لقاضيخان أن الأب إن كان من الأشراف لم يقبل قوله أنه عارية.

(ولو دفعت فى تجهيزها لابنتها أشياء من أمتعة الأب بحضرته وعلمه وكان ساكتا وزفت إلى الزوج فليس للأب أن يسترد ذلك من ابنته) لجريان العرف به (وكذا لو أنفقت الأم فى جهازها ماهو معتاد والأب ساكت لاتضمن) الأم، وهما من المسائل السبع والثلاثين

الشارح، كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها وقد يقال هذا ليس من الجهاز عرفا. وبقى لو جرى العرف فى تمليك البعض وإعارة البعض.

ورأيت فى حاشية الأشباه للسيد محمد أبى السعود عن حاشية الغزى قال الشيخ الإمام الأجل الشهيد: المختار للفتوى أن يحكم بكون الجهاز ملكا لاعارية لأنه الظاهر الغالب إلا فى بلدة جرت العادة بدفع الكل عارية فالقول للأب. وأما إذا جرت فى البعض يكون الجهاز تركة يتعلق بها حق الورثة وهو الصحيح اه. ولعل وجهه أن البعض الذى يدعيه الأب بعينه عارية لم تشهد له به العادة، بخلاف مالو جرت العادة بإعارة الكل فلا يتعلق به حق ورثتها بل يكون كله للأب، والله تعالى أعلم.

[تنبيه] ذكر البيرى فى شرح الأشباه أن ماذكروه فى مسألة الجهاز إنما هو فيما إذا كان النزاع من الأب. أما لو مات فادعت ورثته فلا خلاف فى كون الجهاز للبنت لما فى الولوالجية: جهز ابنته ثم مات فطلب بقية الورثة القسمة، فإن كان الأب اشترى لها فى صغرها أو فى كبرها وسلم لها فى صحته فهو لها خاصة اه.

قلت: وفيه نظر لأن كلام الولوالجية فى ملك البنت له بالشراء لو صغيرة، وبالتسليم لو كبيرة. ولا فرق فيه بين موت الأب وحياته، ويدل عليه مامر من قول المصنف والشارح ليس له الاسترداد منها ولا لورثته بعده، وإنما الكلام فى سماع دعوى العارية بعد الشراء أو التسليم والمعتمد البناء على العرف كما علمت، ولا فرق فى ذلك أيضا بين موت الأب وحياته، فدعوى ورثته كدعواه فتأمل (قوله ما لو كان الخ) والظاهر أنه إن أمكن التمييز فيما زاد على مايجهز به مثلها كان القول قوله فيه. وإلا فالقول قوله فى الجميع رحمتى (قوله والأم كالأب) عزاه المصنف إلى فتاوى قارئ الهداية، وكذا بحثه ابن وهبان كما يأتى (قوله وكذا ولى الصغيرة) ذكره ابن وهبان فى شرح منظومته بحثا حيث قال: وينبغى أن يكون الحكم فيما تدعيه الأم، وولى الصغيرة إذا زوّجها كما مر لجريان العرف فى ذلك، لكن قال ابن الشحنة فى شرحه قلت: وفى الولى عندى نظر اه. وتردد فى البحر فى الأم والجد، وقال: إن مسألة الجد صارت واقعة الفتوى ولم يجد فيها نقلا. وكتب الرملى أن الذى يظهر ببادى الرأى أن الأم والجد كالأب الخ (قوله واستحسن فى النهر) حيث قال: وقال الإمام قاضيخان: وينبغى أن يقال إن كان الأب من الأشراف لم يقبل قوله إنه عارية، وإن كان ممن لا يجهز البنات بمثل ذلك قبل قوله، وهذا لعمرى من الحسن بمكان اه.

قلت: ولعل وجه استحسانه مع أنه لايغاير القول المعتمد أنه تفصيل له، وبيان لكون الاشتراك الذى قديقع فى بعض البلاد إنما هو فى غير الأشراف (قوله وعلمه) عطف تفسير؛ فالمدار على العلم والسكوت بعده وإن كان غائبا (قوله وزفت إلى الزوج) قيد به لأن تمليك البالغة بالتسليم، وهو إنما يتحقق عادة بالزفاف لأنه حينئذ يصير الجهاز بيدها فافهم (قوله ماهو معتاد) مفهومه أنه لو كان زائدا على المعتاد لايكون سكوته رضا فتضمن، وهل تضمن الكل أو قدر الزائد؟ محل تردد، وجزم ط بالثانى (قوله السبع والثلاثين) قال ح: قدمناها فى باب الولى

بل الثمان والأربعين على مافى زواهر الجواهر التى السكوت فيها كالنطق .

[فرع] لو زفت إليه بلا جهاز يليق به فله مطالبة الأب بالنقد قنية ، زاد فى البحر عن المبتغى إلا إذا سكت طويلا فلا خصومة له ، لكن فى النهر عن البزازية : الصحيح أنه لا يرجع على الأب بشىء ، لأن المال فى النكاح غير مقصود .

عن الأشباه (قوله على مافى زواهر الجواهر) أى حاشية الأشباه للشيخ صالح ابن مصنف التنوير ، فإنه زاد على مافى الأشباه ثلاث عشرة مسألة ذكرها الشارح فى كتاب الوقف ح (قوله يليق به) الضمير فى عبارة البحر عن المبتغى عائد إلى مابعثه الزوج إلى الأب من الدراهم والدنانير ، ثم قال : والمعتبر مايتخذ للزوج لا ما يتخذ لها اه .

قلت : وهذا المبعوث يسمى فى عرف الأعاجم بالدستيمان كما يأتى (قوله إلا إذا سكت طويلا) قال الشارح فى كتاب الوقف ولو سكت بعد الزفاف زمانا يعرف بذلك رضاه لم يكن له أن يخاصم بعد ذلك وإن لم يتخذ له شىء اه ح وأشار بقوله يعرف إلى أن المعتبر فى الطول والقصر العرف (قوله لكن فى النهر الخ) ومثله فى جامع الفصولين ولسان الحكام عن فتاوى ظهير الدين المرغينانى ، وبه أفتى فى الحامدية .

قلت : وفى البزازية مايفيد التوفيق حيث قال : تزوجها وأعطاها ثلاثة آلاف دينار الدستيمان وهى بنت موسر ولم يعط لها الأب جهازا أفتى الإمام جمال الدين وصاحب المحيط بأن له مطالبة الجهاز من الأب على قدر العرف والعادة أو طلب الدستيمان . قال : وهذا اختيار الأئمة . وقال الإمام المرغينانى : الصحيح أنه لا يرجع بشىء ، لأن المال فى النكاح غير مقصود . وكان بعض أئمة خوارزم يعترض بأن الدستيمان هو المهر المعجل كما ذكره فى الكافى وغيره ، فهو مقابل بنفس المرأة ، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه فكيف يملك الزوج طلب الجهاز والشىء لا يقابله عوضان .

وأجاب عنه الفقيه ناقلا عن الأستاذ أن الدستيمان إذا أدرج فى العقد فهو المعجل الذى ذكرته ، وإن لم يدرج فيه ولم يعقد عليه فهو كالهبة بشرط العوض وذلك ماقلناه ، ولهذا قلنا إن لم يذكره فى العقد وزفت إليه بلا جهاز وسكت الزوج أياما لا يتمكن من دعوى الجهاز ، لأنه لما كان محتملا وسكت زمانا يصلح للاختيار دل أن الغرض لم يكن الجهاز اه ملخصا .

وحاصله أن ذلك المعجل لا يلزم كونه هو المهر المعجل دائما كما يوهمه كلام الكافى حتى يرد أنه مقابل لنفسها لا بجهازها بل فيه تفصيل ، وهو أنه إن جعل من جملة المهر المعقود عليه فهو المهر المعجل وهو مقابل بنفس المرأة وإلا فهو مقابل بالجهاز عادة ، حتى لو سكت بعد الزفاف ولم يطالب جهازا علم أنه دفعه تبرعا بلا طلب عوض وهو فى غاية الحسن ، وبه يحصل التوفيق ، والله الموفق ، لكن الظاهر جريان الخلاف فى صورة ما إذا كان معقودا عليه ، لأنه وإن ذكر على أنه مهر ، لكن من المعلوم عادة أن كثرته لأجل كثرة الجهاز ، فهو فى المعنى بدل له أيضا ، ولهذا كان مهر من لا جهاز لها أقل من مهر ذات الجهاز وإن كانت أجمل منها .

ويجاب بأنه لما صرح بكونه مهرا وهو مايكون بدل البضع الذى هو المقصود الأصلى من النكاح دون الجهاز لم يعتبر المعنى ، وسيأتى فى باب النفقة إن شاء الله تعالى مزيد بيان لهذه المسألة وأن هذا غير معروف فى زماننا ، بل كل أحد يعلم أن الجهاز للمرأة إذا طلقها تأخذه كله ، وإذا ماتت يورث عنها ، وإنما يزيد المهر طمعا فى تزيين بيته به وعوده إليه ولأولاده إذا ماتت ، وهذه المسألة نظير مالو تزوجها بأكثر من مهر المثل على أنها بكر فإذا هى ثيب ، فقد مر الخلاف فى لزوم الزيادة وعدمه بناء على الخلاف فى هذه المسألة وقد مر أن المرجح اللزوم ، فلذا

(نكح ذمى) أو مستأمن (ذمية أو حربى حربية ثمة بميتة أو بلا مهر بأن سكتا عنه أو نفياه و) الحال أن (ذا جائز عندهم فوطئت أو خلقت قبله أو مات عنها فلا مهر لها) لو أسلما أو ترافعا إلينا لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون (وتثبت) بقية (أحكام النكاح فى حقهم كالمسلمين من وجوب النفقة فى النكاح ووقوع الطلاق ونحوهما) كعدة ونسب وخيار بلوغ وتوارث بنكاح صحيح وحرمة مطلقة ثلاثا ونكاح محارم .

(وإن نكحها بخمر أو خنزير عين) أى مشار إليه (ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فلها ذلك) فتخلل الخمر وتسيب الخنزير ، ولو طلقها قبل الدخول فلها نصفه (و) لها (فى غير عين) قيمة الخمر ومهر المثل فى الخنزير ، إذ أخذ قيمة القيمى كأخذ عينه .

كان المصحح هنا عدم الرجوع بشىء كما مر عن المرغينانى (قوله نكح ذمى الخ) لما فرغ من مهور المسلمين ذكر مهور الكفار ، ويأتى بيان أنكحتهم ، وقوله أو مستأمن يشير إلى أنه لو عبر المصنف بالكافر لكان أولى ، لأن المستأمن كالذمى هنا نهر عن العناية (قوله ثمة) أى فى دار الحرب (قوله بميتة) المراد بها كل ماليس بمال كالدم بحر (قوله وذا جائز عندهم) بأن كان لا يلزم عندهم مهر المثل بالنفى وبما ليس بمال (قوله قبله) أى قبل الوطء (قوله فلا مهر لها) هذا قوله . وعندهما لها مهر المثل إذا دخل بها أو مات عنها ، والمتعة لو طلقها قبل الوطء ، وقيل فى الميتة والسكوت روايتان . والأصح أن الكل على الخلاف هداية ، لكن فى الفتح بأن ظاهر الرواية وجوب مهر المثل فى السكوت عنه ، لأن النكاح معاوضة ، فما لم ينص على نفى العوض يكون مستحقا لها ، وذكر الميتة كالسكوت لأنها ليست مالا عندهم فذكرها لغو نهر (قوله ولو أسلما الخ) لو وصلية . وعبارة الفتح : ولو أسلما أو رفع أحدهما إلينا أو ترافعا اهـ ولم يقل أو أسلم أحدهما لانفهامه بالأولى (قوله لأنا أمرنا بتركهم) أى ترك إعراض لا تقرير ، وقوله ومايدينون الواو لعطف أو للمصاحبة فلا نمنعهم عن شرب الخمر وأكل الخنزير وبيعهما ط عن أبى السعود (قوله وتثبت بقية أحكام النكاح) أى إن اعتقداها أو ترافعا إلينا ط (قوله كعدة) أى لو طلقها وأمرها بلزوم بيتها إلى انقضاء عدتها ورفع الأمر إلينا حكمنا عليها بذلك ، وكذا لو طلبت نفقة العدة ألزمناه بها رحمتى (قوله ونسب) أى يثبت نسب ولده فيما يثبت به النسب بيننا رحمتى (قوله وخيار بلوغ) أى لصغير وصغيرة إذا كان المزوج غير الأب والجد ط (قوله وتوارث بنكاح صحيح) هو مايقران عليه إذا أسلما ، بخلاف نكاح محرم أو فى عدة مسلم كما سيأتى فى الفرائض (قوله وحرمة مطلقة ثلاثا إلخ) فيفرق بينهما ولو بمرافعة أحدهما ، وأما لو كانا محرمين فلا يفرق إلا بمرافعتهما كما سيأتى فى نكاح الكافر (قوله قبل القبض) أما بعده فليس لها إلا ماقبضته ولو كان غير معين وقت العقد نهر (قوله فلها ذلك) هذا قول الإمام وقال الثانى لها مهر المثل فى المعين وغيره وقال الثالث لها القيمة فيهما نهر (قوله وتسيب الخنزير) كذا فى الفتح . قال الرحمتى : والأولى فتقتل الخنزير (قوله ولو طلقها الخ) قال فى الفتح : ولو طلقها قبل الدخول ففى المعين لها نصفه عند أبى حنيفة ، وفى غير المعين فى الخمر لها نصف القيمة ، وفى الخنزير المتعة . وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لأنه أوجب القيمة فتتنصف . وعند أبى يوسف وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لأن مهر المثل لا يتنصف اهـ (قوله إذ أخذ قيمة القيمى الخ) بيانه أن أخذ المثل فى المثلى أو القيمة فى القيمى بمنزلة أخذ العين والخمر مثلى ، فأخذ قيمته ليس كأخذ عينه ، بخلاف القيمة فى القيمى كالخنزير فلذا أوجبنا فيه مهر المثل .

وأورد مالو شرى ذمى من ذمى دارا بخنزير فإن لشفيعها المسلم أخذها بقيمة الخنزير . وأجيب بأن قيمة الخنزير كعينه لو كانت بدلا عنه كمسألة النكاح والقيمة فى الشفعة بدل عن الدار لا عن الخنزير ، وإنما صير إليها للتقدير بها لا غير .

[فروع] الوطء فى دار الإسلام لايخلو عن حد أو مهر إلا فى مسألتين : صبى نكح بلا إذن وطاوعته ، وبائع أمته قبل تسليم ، ويسقط من الثمن ماقابل البكارة وإلا فلا .

واعترض بأن القيمة فى النكاح أيضا بدل عن الغير وهو البضع والمصير إليه للتقدير : والجواب ماقالوا من أنه لو أتاها بقيمة الخنزير قبل الإسلام أجبرت على القبول ، لأن القيمة لها حكم العين فكانت من موجبات تلك التسمية وبالإسلام تعذر أخذ القيمة فأوجبنا ماليس من موجباتها وهو مهر المثل ، فهذا يدل على أن قيمة الخنزير بدل عنه فى النكاح بمنزلة عينه ولذا أجبرت المرأة على قبولها قبل الإسلام لا بعده، بخلاف مسألة الدار ؛ ولو سلم عدم الفرق فقد يجاب بما مر آخر الزكاة فى باب العاشر من أن جواز الأخذ بالقيمة فى الدار لضرورة حق الشفيع ولا ضرورة هنا لإمكان إيجاب مهر المثل (قوله الوطء فى دار الإسلام) أى إذا كان بغير ملك اليمين . واحترز عن الوطء فى دار الحرب فإنه لاحد فيه ؛ وأما المهر فلم أره (قوله إلا فى مسألتين) كذا فى الأشباه من النكاح وفيها من أحكام غيبوبة الحشفة أن المستثنى ثمان مسائل ، فزاد على ماهنا الذمية إذا نكحت بغير مهر ثم أسلما وكانوا يدينون أن لامهر فلا مهر . والسيد إذا زوّج أمته من عبده فالأصح أن لامهر ، والعبد إذا وطئ سيدته بشبهة فلا مهر أخذا من قولهم فيما قبلها أن المولى لا يستوجب على عبده دينا ، وكذا لو وطئ حربية أو وطئ الجارية الموقوفة عليه أو وطئ المرهونة بإذن الراهن ظانا الحل . قال : ينبغى أن لامهر فى الثلاثة الأخيرة ولم أره الآن اه .

ونقل ح عن حدود البحر فى نوع مالا حد فيه لشبهة المحل أن من هذا النوع وطء المبيعة فاسدا قبل القبض لاحد فيه لبقاء الملك أو بعده ، لأن له حق الفسخ فله حق الملك فيها ، وكذا المبيعة بشرط الخيار للبائع لبقاء ملكه أو للمشترى لأنها لم تخرج عن ملكه بالكلية اه . قال ح : وهل لامهر فى هذه الأربع ؟ إطلاق الشارح يشعر بذلك ، فليراجع .

قلت : أما الأولى فداخلة فى مسألة بيع الأمة قبل التسليم فلا مهر، ومثلها المبيعة بخيار للبائع لأن وطأها يكون فسخا للبيع ، أما المبيعة فاسدا بعد القبض فينبغى لزوم المهر لوقوع الوطء فى ملك غيره ، وكذا المبيعة بخيار للمشترى إن أمضى البيع فافهم (قوله صبى نكح الخ) فى الخانية : المراهق إذا تزوج بلا إذن وليه امرأة ودخل بها فرد أبوه نكاحه قالوا لايجب على الصبى حد ولا عقر ؛ أما الحد فلمكان الصبا ، وأما العقر فلأنها إنما زوّجت نفسها منه مع علمها أن نكاحه لاينفذ فقد رضيت ببطلان حقها اه وكذا لو زنى بثيب وهى نائمة فلا حد عليه ولا عقر أو ببكر بالغة دعته إلى نفسها وأزال عذرتها ، وعليه المهر لو مكرهة أو صغيرة أو أمة ولو بأمرها لعدم صحة أمر الصغيرة فى إسقاط حقها وأمر الأمة فى إسقاط حق المولى ، ولا مهر عليه بإقراره بالزنى اه هندية ملخصا (قوله وبائع أمته) أى إذا وطئها قبل التسليم إلى المشترى لا حد عليه ولا مهر لأنه من شبهة المحل لكونها فى ضمانه ويده ، إذ لو هلكت عادت إلى ملكه والخراج بالضمان ، فلو وجب عليه المهر استحقه(١) (قوله ويسقط) أى عن المشترى ويثبت له الخيار ، كما لو أتلف جزءا منها ولو اليد (قوله وإلا فلا) أى وإن لم تكن بكارة فلا يسقط شيء

---

(١) (قوله فلو وجب عليه المهر استحقه) أى لأن المهر يصير من الزوائد المنفصلة وهى مملوكة لمن يده يد ضمان فكأننا أوجبنا المهر عليه اه مصححه .

تدافعت جارية مع أخرى فأزالت بكارتها لزمها مهر المثل .

لأبى الصغيرة المطالبة بالمهر ، وللزوج المطالبة بتسليمها إن تحملت الرجل : قال البزازى : ولا يعتبر السن ، فلو تسلمها فهربت لم يلزمه طلبها .

خدع امرأة وأخذها حبس إلى أن يأتى بها ويعلم موتها .

المهر مهر السر ، وقيل العلانية .

ولا خيار له أيضا . وروى عن الإمام أن له الخيار ولوالجية (قوله تدافعت جارية الخ) تقدم الكلام عليها أول الباب .

مطلب لأبى الصغيرة المطالبة بالمهر

(قوله لأبى الصغيرة المطالبة بالمهر) ولو كان الزوج لايستمتع بها كما فى الهندية عن التجنيس ؛ والصغيرة غير قيد . ففى الهندية للأب والجد والقاضى قبض صداق البكر صغيرة كانت أو كبيرة إلا إذا نهته وهى بالغة صح النهى ، وليس لغيرهم ذلك ، والوصى يملك ذلك على الصغيرة والثيب البالغة حق القبض لهادون غيرها اه . وشمل قوله وليس لغيرهم الأم ، فليس لها القبض إلا إذا كانت وصية ، وحينئذ فتطالب الأم إذا بلغت دون الزوج كما أفاده فى الهندية ط .

قلت : أى تطالب الأم إذا ثبت القبض بغير إقرار الأم لما فى البزازية وغيرها : أدركت وطلبت المهر من الزوج فادعى الزوج أنه دفعه إلى الأب فى صغرها وأقر الأب به لايصح إقراره عليها لأنه لايملك القبض فى هذه الحالة فلا يملك الإقرار به وتأخذ من الزوج ولا يرجع على الأب لأنه أقر بقبض الأب فى وقت له ولاية قبضه إلا إذا كان قال عند الأخذ أبرأتك من مهرها ثم أنكرت البنت له الرجوع هنا على الأب اه . وفيها قبض الولى المهر ثم ادعى الرد على الزوج لايصدق إذا كانت بكرا لأنه يلى القبض لاالرد ولو ثيبا يصدق لأنه أمين ادعى رد الأمانة اه . وفيها قبض الأب مهرها وهى بالغة أولا وجهزها أو قبض مكان المهر عينا ليس لها أن لاتجيز لأن ولاية قبض المهر إلى الآباء وكذا التصرف فيه اه لكن فى الهندية : لو قبض بمهر البالغة ضيعة فلم ترض إن جرى التعارف بذلك جاز له وإلا فلا ولو بكرا ، وتمام مسائل قبض المهر فى البحر والنهر أول باب الأولياء (قوله قال البزازى الخ) عبارته : ولا يجبر الأب على دفع الصغيرة إلى الزوج ولكن يجبر الزوج على إيفاء المعجل ، فإن زعم الزوج أنها تتحمل الرجال وأنكر الأب فالقاضى يريها النساء ولا يعتبر السن اه .

قلت : بل فى التتارخانية : البالغة إذا كانت لاتتحمل لايؤمر بدفعها إلى الزوج .

مطلب فى مهر السر ومهر العلانية

(قوله المهر مهر السر الخ) المسألة على وجهين :

الأول تواضعا فى السر على مهر ثم تعاقدا فى العلانية بأكثر والجنس واحد ، فإن اتفقا على المواضعة فالمهر مهر السر وإلا فالمسمى فى العقد مالم يبرهن الزوج على أن الزيادة سمعة وإن اختلف الجنس ، فإن لم يتفقا على المواضعة فالمهر هو المسمى فى العقد ، وإن اتفقا عليها انعقد بمهر المثل ، وإن تواضعا فى السر على أن المهر دنانير ثم تعاقدا فى العلانية على أن لامهر لها فالمهر مافى السر من الدنانير ، لأنه لم يوجد مايوجب الإعراض عنها وإن تعاقدا على أن لاتكون الدنانير مهرا لها أو سكتا فى العلانية عن المهر انعقد بمهر المثل .

المؤجل إلى الطلاق يتعجل بالرجعى ولا يتأجل بمراجعتها . ولو وهبته المهر على أن يتزوجها فأبى فالمهر باق نكحها أولا . ولو وهبته لأحد ووكلته بقبضه صح . ولو أحالت به إنسانا ثم وهبته للزوج لم تصح ، وهذه حيلة من يريد أن يهب ولا تصح .

باب نكاح الرقيق

هو المملوك كلا أو بعضا ،

الوجه الثانى أن يتعاقدا فى السر على مهر ثم أقر فى العلانية بأكثر فإن اتفقا أو أشهدا أن الزيادة سمعة فالمهر ماذكر عند العقد فى السر وإن لم يشهد فعندهما المهر هو الأول . وعنده هو الثانى ويكون جميعه زيادة على الأول لو من خلاف جنسه وإلا فالزيادة بقدر مازاد على الأول اه ملخصا من الذخيرة .

والحاصل فى الوجه الأول أن العقد إنما جرى فى العلانية فقط ، وفى الوجه الثانى بالعكس أو جرى مرتين مرة فى السر ومرة فى العلانية كما قدمناه مبسوطا عن الفتح عند قول المصنف ، وما فرض بعد العقد أو زيد لايتنصف وفيه نوع مخالفة لما هنا يمكن دفعها بإمعان النظر (قوله المؤجل إلى الطلاق) احتراز عن المهر المؤجل إلى مدة معلومة فإنه يبقى إلى أجله بعد الطلاق ، وقوله يتعجل بالرجعى أى مطلقا أو إلى انقضاء العدة كما هو قول عامة المشايخ ، وعلى الأول لايتأجل لو راجعها وليس الرجعى بقيد بل البائن مثله بالأولى ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك عند قوله ولها منعه من الوطء الخ (قوله ولو وهبته المهر الخ) أى لو قال لمطلقته لاأتزوجك حتى تهبينى مالك على من مهرك ففعلت على أن يتزوجها فأبى فالمهر عليه تزوج أم لابزازية ، وقوله فأبى : أى قال لا أتزوجك فيكون ردا للهبة ، فلذا بقى المهر عليه وإن تزوجها بعد الإباء (قوله ولو وهبته لأحد) أى غير الزوج ، لأن هبة الدين لمن عليه الدين تصح مطلقا أما هبته لغيره فلا تصح مالم يسلطه على قبضه فيصير كأنه وهبه حين قبضه ، ولا يصح إلا بقبضه كما فى جامع الفصولين (قوله لم تصح) أى الهبة (قوله وهذه حيلة الخ) أفاد أنها غير قاصرة على المهر ، وفيها بعد الاشتراط رضا المديون بالحوالة ، فإذا كان طالبا للهبة لايرضى بالحوالة إلا أن يصور فيمن يجهل أن الحوالة تمنع من صحة الهبة . وأجاب الشارح فى مسائل شتى آخر الكتاب بأنه يتمكن المحال من مطالبة المديون برفعه إلى من لايشترط قبوله : أى كما لكى المذهب تأمل .

ومن الحيل شراء شىء ملفوف من زوجها بالمهر قبل الهبة أى ثم ترده بعدها بخيار رؤية أو يصالحها إنسان عن المهر بشىء ملفوف قبل الهبة كما فى البحر عن القنية ، والأخيرة أحسن ، والله تعالى أعلم .

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من نكاح من له أهلية النكاح من المسلمين شرع فى بيان من ليس له ذلك وهو الرقيق ، وقدمه على الكافر لأن الإسلام غالب فيهم نهر (قوله هو المملوك) فى الصحاح الرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع . قال فى البحر : والمراد هنا المملوك من الآدمى ، لأنهم قالوا إن الكافر إذا أسر فى دار الحرب فهو رقيق لامملوك وإذا أخرج فهو مملوك أيضا ، فعلى هذا فكل مملوك من الآدمى رقيق لاعكسه اه وعليه فالمراد بالرقيق هنا الرقيق المحرز بدارنا ، فالأمة إذا أسرت ولم تخرج إلى دارنا لو تزوجت لايتوقف نكاحها بل يبطل لأنه لامجيز له وقت وقوعه كما فى النهر بحثا . قلت : قد يقال إن له مجيزا وهو الإمام لأن له بيعها قبل الإخراج وبعده فتأمل (قوله كلا أو بعضا) يشمل المبعض والمملوك ملكا ناقصا كالمكاتب ومن ولد له سبب الحرية كالمدبر وأم الولد

والقن المملوك كلا :

(توقف نكاح قنّ وأمة ومكاتب ومدبر وأم ولد على إجازة المولى ، فإن أجاز نفذ ، وإن رد بطل) فلا مهر مالم يدخل فيطالب بمهر المثل بعد عتقه ، ثم المراد بالمولى من له ولاية تزويج الأمة كأب وجد وقاض ووصى ومكاتب ومفاوض ومتولّ ،

(قوله والقن المملوك كلا) أخرج المبعض ، لكن دخل فيه المكاتب والمدبر وأم الولد لدخولهم فى المملوك . وفى المغرب : القن من العبيد من ملك هو وأبواه ، وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث وأما أمة قنة فلم نسمعه . وعن ابن الأعرابى عبد قن خالص العبودية ، وعليه قول الفقهاء لأنهم يعنون به خلاف المدبر والمكاتب اه فالمناسب مافى الرحمتى من أن القن المملوك ملكا تاما لم ينعقد له سبب الحرية .

قال ح : ثم اعلم أن كلا من الرق والملك كامل وناقص، فنى القن كاملان ، وفى معتق البعض ناقصان ، وفى المكاتب كمل الرق،وفى المدبر وأم الولد كمل الملك (قوله توقف نكاح قن) أطلق فى نكاحه فشمل ماإذا تزوج بنفسه أو زوّجه غيره ، وقيد بالنكاح لأن التسرّى حرام مطلقا .

قال فى الفتح : [فرع] ، مهم للتجارر بما يدفع لعبده جارية ليتسرى بها ، ولايجوز للعبد أذن له مولاه أولا ، لأن حل الوطء لايثبت شرعا إلا بملك اليمين أو عقد النكاح ، وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه فى عقد النكاح اه بحر (قوله وأمة) قد علمت أن القن يشمل الذكر والأنثى (قوله ومكاتب) لأن الكتابة أوجبت فك الحجر فى حق الاكتساب ومنه تزويج أمته إذ به يحصل المهر والنفقة للمولى ، بخلاف تزويج نفسه وعبده ، ودخل فى المكاتب معتق البعض لايجوز نكاحه عنده ، وعندهما يجوز لأنه حر مديون ، أفاده فى البحر (قوله وأم ولد) وفى حكمها ابنها من غير مولاها ، كما إذا زوّج أم ولده من غيره فجاءت بولد من زوجها ، وأما ولدها من مولاها فحر وتمامه فى البحر (قوله فإن أجاز نفذ الخ) إن كان كل من الإجازة أو الرد قبل الدخول فالأمر ظاهر ؛ وإن كان بعده ففى الرد يطالب العبد بعد العتق كما ذكره بقوله فيطالب الخ ، وفى الإجازة قال فى البحر عن المحيط وغيره القياس أن يجب مهران مهر بالدخول ومهر بالإجازة كما فى النكاح الفاسد إذا جدده صحيحا .

وفى الاستحسان : لايلزمه إلا المسمى ، لأن مهر المثل لو وجب وجب باعتبار العقد ، وحينئذ فيجب بعقد واحد مهران وإنه ممتنع اه .

ثم الإجازة تكون صريحا ودلالة وضرورة كما سيأتى ، وفيه رمز إلى أن سكوته بعد العلم ليس باجازة كما فى القهستانى عن القنية (قوله فلا مهر) تفريع على قوله بطل ح أى لامهر على العبد ولا مهر للأمة (قوله فيطالب) جواب شرط مقدر أى فإن دخل فيطالب فافهم (قوله من له ولاية تزويج الأمة) أى وإن لم يكن مالكا لها بحر وشمل الوارث والمشترى ؛ فلو مات الولى أو باعه فأجاز سيده الوارث أو المشترى يجوز وإلا فلا كما أشير إليه فى العمادية قهستانى، وشمل الشريكين . فلو زوّج أحدهما الأمة ودخل الزوج ،فإن رد الآخر فله نصف مهر المثل وللمزوج الأقل من نصفه ومن نصف المسمى بحر (قوله كأب) أى أبى اليتيم فإنه يزوّج أمته وكذا جده وكذا وصيه والقاضى ح لأنه من باب الاكتساب فتح (قوله ومكاتب) لأنه كما تقدم يجوز له تزويج أمته لكونه من الاكتساب لاعبده ط وخرج العبد المأذون فلا يملك تزويج الأمة أيضا بحر ، ومثله الصبى المأذون درر (قوله ومفاوض) فإنه يزوج أمة المفاوضة لاعبدها ح عن القهستانى ، بخلاف شريك العنان فلا يملك تزويج الأمة كما مر وكذا المضارب كما فى البحر (قوله ومتولّ) ذكره فى النهر بحثا حيث قال ولم أر حكم نكاح رقيق بيت المال والرقيق

وأما العبد فلا يملك تزويجه إلا من يملك إعتاقه درر.

(فإن نكحوا بالإذن فالمهر والنفقة عليهم) أى على القن وغيره لوجود سبب الوجوب منه (ويسقطان بموتهم) لفوات محل الاستيفاء (وبيع قن فيهما لا) يباع (غيره) كمدبر بل يسعى ، ولو مات مولاه لزمه جملة إن قدر ، نهر وقنية (لكنه يباع فى النفقة مرارا) إن تجددت

فى الغنيمة المحرزة بدارنا قبل القسمة والوقف إذا كان بإذن الإمام والمتولى ، وينبغى أن يصح فى الأمة دون العبد كالوصى . ثم رأيت فى البزازية : لايملك تزويج العبد إلا من يملك إعتاقه اه أى فإنه يدل على أنه لايصح فى العبد وأما فى الأمة فينبغى الجواز تخريجا على الوصى كما قال ، ولعل الشارح اقتصر على المتولى ولم يذكر الإمام لأن أحكام الوصى والمتولى مستقيان من واد واحد ، لكن الإمام فى مال بيت المال ملحق بالوصى أيضا ، حتى أنه لايملك بيع عقار بيت المال إلا فيما يملكه الوصى ، وله بيع عبد الغنيمة قبل الإحراز وبعده فينبغى أن يملك تزويج الأمة إذا رأى المصلحة تأمل (قوله وأما العبد الخ) يستثنى من ذلك مالو زوّج الأب جارية ابنه من عبد ابنه فإنه يجوز عند أبى يوسف ، بخلاف الوصى لكن فى المبسوط أنه لايجوز فى ظاهر الرواية فلا استثناء بحر (قوله وغيره) أى من مدبر ومكاتب (قوله لوجود سبب الوجوب منه) أى من القن وغيره فإن العقد سبب لوجوب المهر والنفقة وقد وجد من أهله مع انتفاء المانع وهو حق المولى لإذنه بالعقد (قوله ويسقطان بموتهم) قيد سقوط المهر فى البحر عند قول الكنز ولو زوّج عبدا مأذونا بما إذا لم يترك كسبا ، وفى كلام الشارح إشارة إليه أما النفقة ولو مقضية فتسقط عن الحر بموته فالعبد بالأولى (قوله وبيع قن) أى باعه سيده ، لأنه دين تعلق فى رقبته وقد ظهر فى حق المولى بإذنه فيؤمر ببيعه ، فإن امتنع باعه القاضى بحضرته إلا إذا رضى أن يؤدى قدر ثمنه ، كذا فى المحيط نهر ، واشتراط حضرة المولى لاحتمال أن يفديه ، وقد ذكر فى المأذون المديون أن للغرماء استسعاءه أيضا قال فى البحر من النفقة ومفاده أن زوجته لو اختارت استسعاءه لنفقة كل يوم أن يكون لها ذلك أيضا اه قلت : وكذا للمهر (قوله كمدبر) أدخلت الكاف المكاتب ومعتق البعض وابن أم الولد كما فى البحر (قوله بل يسعى) لأنه لايقبل البيع فيؤدى من كسبه لامن نفسه ، فلو عجز المكاتب صار المهر دينا فى رقبته فيباع فيه إلا إذا أدى المهر مولاه واستخلصه كما فى القن . وقياسه أن المدبر لو عاد إلى الرق بحكم شافعى ببيعه أن يصير المهر فى رقبته بحر (قوله ولو مات مولاه الخ) فى القنية : زوج مدبره امرأة ثم مات المولى فالمهر فى رقبة العبد يؤخذ به إذا عتق اه وفيه نظر لأن حكمه السعاية قبل العتق لاالتأخر إلى مابعد العتق بحر . قال فى النهر : هذا مدفوع بأن مافى القنية فيه إفادة حكم سكتوا عنه ، هو أن المدبر إذا لزمته السعاية فى حياة المولى هل يؤاخذ بالمهر بعد العتق ؟ قال نعم ، وهو ظاهر فى أنه يؤاخذ به جملة واحدة حيث قدر عليه ويبطل حكم السعاية اه .

أقول : حاصل الجواب أن المدبر يسعى فى حياة مولاه فى المهر ، أما بعد موت مولاه فإنه يسعى أولا فى ثلثى قيمته لتخليص رقبته من الرق ويصير المهر فى رقبته يؤديه بعد عتقه كدين الأحرار لابطريق السعاية ، فإن وجد معه جملة أخذ منه وإلا عومل معاملة المديون المعسر . ولما كان فهم ذلك من عبارة القنية فيه خفاء عزا ذلك إليها وإلى النهر فافهم (قوله إن تجددت) يعنى إن لزمه نفقة فبيع فيها فلم يف ثمنه بما عليه من النفقة بقى الفضل فى ذمته فيطالب به بعد العتق ولايتعلق برقبته فلا يباع فيه عند السيد الثانى . ثم إن تجمعت عليه نفقة عند السيد الثانى بيع فيها ويفعل بالفضل كما مر ح .

ووجهه مافى البحر عن المبسوط أن النفقة يتجدد وجوبها بمضى الزمان وذلك فى حكم دين حادث اه أى إن

(وفى المهر مرة) ويطالب بالباقى بعد عتقه إلا إذا باعه منها خانية .

(ولو زوّج) المولى (أمته من عبده لا يجب المهر) فى الأصح ولوالجية .

ماتجدد وجوبه عند السيد الثانى فى حكم دين حادث فيباع فيه ، بخلاف ماتجمد عليه وبيع فيه أولا فإنه لايباع فيه ثانيا لاستيفاء باقيه لأنه فى حكم دين واحد ، خلافا لما فى نفقات صدر الشريعة حيث يفهم منه أنه يباع فى الباقى أيضا كما سيأتى بيانه هناك إن شاء الله تعالى .

ثم الظاهر أن هذا مفروض فيما إذا كانت النفقة مفروضة بالتراضى أو بقضاء القاضى لأنها بدون ذلك تسقط بمضى المدة كما ذكروه فى النفقات .

ثم رأيت فى نفقات البحر صور المسألة بما إذا فرض القاضى لها نفقة شهر مثلا وعجز عن أدائها باعه القاضى إن لم يفده المولى . وأفاد أنه إنما يباع فيما يعجز عن أدائه لا لنفقة كل يوم مثلا للإضرار بالمولى ولا لاجتماع قدر قيمته للإضرار بها . وينبغى أن لا يصح فرضها بتراضيهما لحجر العبد عن التصرف ولاتهامه بقصد الزيادة لإضرار المولى ، ولذا فرض المسألة فى البحر فيما إذا فرضها القاضى تأمل (قوله وفى المهر مرة) فيه أنه لو لزمه مهر آخر عند السيد الثانى كما إذا طلقها ثم تزوجها بيع ثانيا فلا فرق بين المهر والنفقة إلا باعتبار أن النفقة تتجدد عند السيد الثانى ولابد ، بخلاف المهر ح عن شيخه السيد . وأجاب ط بأن النفقة التى حدثت عند الثانى سببها متحقق عند الأول فتكرر بيعه فى شىء واحد ، بخلاف بيعه فى مهر ثان حدث عند الثانى ، فإن هذا مسبب عن عقد مستقل حتى توقف على إذنه اه .

قلت : وحاصله أن النفقة المتجددة عند الثانى وإن كانت فى حكم دين حادث ولذا بيع فيها ثانيا إلا أنها لما كان سببها متحدا وهو العقد الأول لم تكن دينا حادثا من كل وجه ، أما المهر الثانى فهو دين حادث من كل وجه لوجوبه بسبب جديد ؛ وأنت خبير بأن هذا جواب إقناعى . ثم اعلم أن دين المهر والنفقة عيب فى العبد فللمشترى الخيار إن لم يرض به .

[تنبيه] قال فى البحر : علل فى المعراج لعدم تكرار بيعه فى المهر بأنه بيع فى جميع المهر ، فيفيد أنه لو بيع فى مهرها المعجل ثم حل الأجل يباع مرة أخرى لأنه إنما بيع فى بعضه اه .

أقول : فيه نظر لأنه مخالف لما نقله قبله عن المبسوط من أنه ليس شىء من ديون العبد مايباع فيه مرة بعد أخرى إلا النفقة لأنه يتجدد وجوبها بمضى الزمان الخ ولايخفى أن المهر المؤجل كان واجبا قبل حلول الأجل ؛ وإنما تأخرت المطالبة إلى حلوله ، فلم يتجدد الوجوب عند المشترى حتى يباع ثانيا عنده ؛ ولأنه يلزم أنه لو كان المهر ألفا مثلا وقيمة العبد مائة فبيع بمائة أن يباع ثانيا وثالثا وهكذا لأنه فى كل مرة لم يبع فى كل المهر وهو خلاف ماصرحوا به ، ومراد المعراج بقوله بيع فى جميع المهر أنه إنما بيع لأجل جميع المهر : أى لأجل ما كان جميعه واجبا وقت البيع ، بخلاف النفقة الحادثة عند الثانى فإنه لم يبع فيها عند الأول فيباع فيها ثانيا عند الثانى ، فالمراد بيان الفرق بين المهر والنفقة كما صرح به فى البحر من النفقات فراجعه فافهم (قوله إلا إذا باعه منها) فإن ماعليها من مقدار ثمنه يلتقى قصاصا بقدره مما لها والباقى يسقط ، لأن السيد لايستوجب دينا على عبده ح (قوله ولو زوّج المولى أمته الخ) حاصله تقييد المسألة الأولى التى يباع فيها القنّ بما إذا لم تكن الأمة أمة مولى العبد فهذا كالاستثناء مما قبله ؛ ثم استثنى من هذا الاستثناء ماإذا كانت أمة المولى مأذونة مديونة فإنه يباع لها أيضا ، وأطلق هنا الأمة والعبد ، فشمل ماإذا كانا قنين أو مدبرين ، أو كانت أم ولدا ، أو كان ابن أم ولد (قوله لايجب المهر) لاستلزامه الوجوب لنفسه على نفسه وهو

وقال البزازى : بل يسقط ، ومحل الخلاف إذا لم تكن الأمة مأذونة مديونة ، فإن كانت بيع أيضا لأنه يثبت لها ثم ينتقل للمولى نهر (فلو باعه سيده بعد ما زوّجه امرأة فالمهر برقبته يدور معه أينما دار كدين الاستهلاك) لكن للمرأة فسخ البيع لو المهر عليه لأنه دين فكانت كالغرماء منح (وقوله لعبده طلقها رجعية إجازة)

لايعقل ، وهذا بناء على أن مهر الأمة يثبت للسيد ابتداء فى غير المأذونة والمكاتبة ومعتقة البعض كما فى النهر ح . وفى استثناء المأذونة كلام يأتى قريبا (قوله بل يسقط) أى بل يجب على السيد ثم يسقط بناء على أن مهر الأمة يثبت لها أولا ثم ينتقل للسيد كما فى النهر عن الفتح ح . وفائدة وجوبه لها أنه لو كان عليها دين يستوفى منه ويقضى دينها . قالوا والأول أظهر ، كذا فى شرح الجامع الكبير بيرى على الأشباه ، وأيده أيضا فى الدرر ، وهذا مؤيد لتصحيح الولوالجى قال فى البحر : ولم أر من ذكر لهذا الاختلاف ثمرة .

ويمكن أن يقال إنها تظهر فيما لو زوج الأب أمة الصغير من عبده ، فعلى الثانى يصح ، وهو قول أبى يوسف وعلى الأول لايصح التزويج ، وهو قولهما ، وبه جزم فى الولوالجية معللا بأنه نكاح للأمة بغير مهر لعدم وجوبه على العبد فى كسبه للحال اهـ .

واعترضه الرحمتى بأنه لا استحالة فى وجوب المال للصغير على أبيه ، بخلاف مالو زوجها من أمة نفسه .

قلت : وكأنه فهم أن الضمير فى قوله من عبده للأب مع أنه للصغير كما صرح به فى الظهيرية .

هذا ، وجعل العلامة المقدسى ثمرة الخلاف قضاء دينها منه وعدمه . وقال : ويترجح القول بالوجوب ، ولهذا صححه ابن أمير حاج (قوله ومحل الخلاف الخ) ذكره فى النهر بحثا بقوله وينبغى أن يكون محل الخلاف ما إذا لم تكن الأمة مأذونة مديونة ، فإن كانت بيع أيضا ، ويدل عليه مافى الفتح : مهر الأمة يثبت لها ثم ينتقل إلى المولى ، حتى لو كان عليها دين قضى من المهر اهـ .

قلت : أنت خبير أن قول الفتح يثبت لها الخ هو أحد القولين ، فكيف يجعله دليلا لعدم الخلاف فإن المتبادر من عباراتهم أن قضاء دينها منه مبنى على القول بأنه يثبت لها أولا أما على القول بأنه يثبت للسيد ابتداء فلا قضاء ولهذا جعله العلامة المقدسى ثمرة الخلاف كما مر فتأمل (قوله لأنه يثبت لها) أى لأن المهر يثبت للأمة مأذونه أو غيرها ثم ينتقل للمولى إن لم يكن عليها دين وإلا فلا ينتقل إليه فالضمير راجع للأمة المذكورة لابقيد كونها مأذونة فهو استدلال بالأعم على الأخص فافهم (قوله فالمهر برقبته) وقيل فى ثمنه والأول الصحيح كما فى المنية ولو أعتقه كان عليه الأقل من المهر والنفقة كما فى النتف قهستانى (قوله يدور معه الخ) أى يباع فيه وإن تداولته الأيدى مرارا (قوله كدين الاستهلاك) أى كما لو استهلك مال إنسان عند سيده (قوله لكن للمرأة فسخ البيع) ذكره فى البحر بحثا ونقله المصنف فى المنح عن جواهر الفتاوى حيث قال رجل زوج غلامه ثم أراد أن يبيعه بدون رضا المرأة إن لم يكن للمرأة على العبد مهر فللمولى بيعه وإن كان فلا إلا برضاها وهذا كما قلنا فى العبد المأذون والمديون إذا باعه بدون رضا الغرماء فلو أراد الغريم الفسخ فله أن يفسخ البيع كذلك هنا إذا كان عليه المهر لأن المهر دين اهـ أما لو المولى قضاه عنه فلا فسخ أصلا (قوله طلقها رجعية) مثله أوقع عليها الطلاق أو طلقها تطليقة تقع عليها بحر .

(قوله إجازة) لأن الطلاق الرجعى لايكون إلا بعد النكاح الصحيح : فكان الأمر به إجازة اقتضاء ، بخلاف البائن لأنه يحتمل المتاركة كما فى النكاح الفاسد والموقوف . ويحتمل الإجازة فحمل على الأدنى . وأشار إلى أن الإجازة تثبت بالدلالة كما تثبت بالصريح وبالضرورة ، فالصريح كرضيت وأجزت وأذنت ونحوه . والدلالة تكون بالقول ، كقول المولى بعد بلوغه الخبر حسن أو صواب أولا بأس به وبفعل يدل عليها كسوق المهر أو شىء

للنكاح (الموقوف ، لاطلقها أو فارقها) لأنه يستعمل للمتاركة ، حتى لو أجازه بعد ذلك لاينفذ ، بخلاف الفضولى (وإذنه لعبده فى النكاح ينتظم جائزه وفاسده ، فيباع العبد لمهر من نكحها فاسدا بعد إذنه فوطئها) خلافا لهما ؛ ولو نوى المولى الصحيح فقط تقيد به ،

منه إلى المرأة والضرورة بنحو عتق العبد أو الأمة فالإعتاق إجازة ،وتمامه فى البحر ؛ولو أذن له السيد بعدماتزوج لايكون إجازة ، فإن أجاز العبد ماصنع جاز استحسانا كالفضولى إذا وكل فأجاز ماصنعه قبل الوكالة ، وكالعبد إذا زوجه فضولى فأذن له مولاه فى التزوج فأجاز ماصنعه الفضولى كذا فى الفتح :

أقول : ولعل وجهه أن العقد إذا وقع موقوفا على الإجازة فحصل الإذن بعده ملك استئناف العقد فيملك إجازة الموقوف بالأولى ، لكن علمت أن من الإجازة الصريحة لفظ أذنت فيناقض ماذكر من أن الإذن بعد التزوج لايكون إجازة :

وأجاب فى البحر بحمل الأول على ما إذا علم بالنكاح فقال أذنت ، والثانى على ما إذا لم يعلم ، وبه جزم فى النهر :

مطلب فى الفرق بين الإذن والإجازة

قلت : يظهر مما ذكرنا الفرق بين الإذن والإجازة ، فالإذن لما سيقع ، والإجازة لما وقع . ويظهر منه أيضا أن الإذن يكون بمعنى الإجازة إذا كان لأمر وقع وعلم به الآذن ، وعلى هذا فقول البحر وغيره الإجازة تثبت بالدلالة وبالصريح الخ أنسب من قول الزيلعى الإذن يثبت الخ . وعلم أن المصنف لو قال إذن بدل قوله إجازة لصح أيضاً ، لأن الأمر بالطلاق يكون بعد العلم ، والإذن بعد العلم إجازة ، فقول النهر : ولم يقل أذن لأنه لوكان لاحتاج إلى الإجازة ، فيه نظر فتدبر (قوله للنكاح الموقوف) يستفاد من قوله الموقوف أنه عقد فضولى فتجرى فيه أحكام الفضولى من صحة فسخ العبد والمرأة قبل إجازة المولى ، وتمامه فى النهر (قوله لأنه) أى قول المولى طلقها أو فارقها لأنه يستعمل للمتاركة : أى فيكون ردا . ويحتمل الإجازة ، فحمل على الرد لأنه أدنى لأن الدفع أسهل من الرفع ، أو لأنه أليق بحال العبد المتمرد على مولاه فكانت الحقيقة متروكة بدلالة الحال ، بحر عن العناية . وعلى الثانى ينبغى لو زوجه فضولى فقال المولى للعبد طلقها أنه يكون إجازة ، إذ لاتمرد منه فى هذه الحالة نهر .

قلت : التعليل الأول يشمل هذه الصورة فلا يكون إجازة (قوله حتى لو أجازه الخ) تفريع على مافهم من المقام من أن ذلك رد . وقال فى البحر : وقد علم مما قررناه ، أن قوله طلقها أو فارقها وإن لم يكن إجازة فهو رد فينفسخ به نكاح العبد حتى لاتلحقه الإجازة بعده (قوله بخلاف الفضولى) أى إذا قال له الزوج طلقها يكون إجازة لأنه يملك التطليق بالإجازة فيملك الأمر به ، بخلاف المولى ، وهذا مختار صاحب المحيط . وفى الفتح أنه الأوجه ، ومختار الصدر الشهيد ونجم الدين النسفى أنه ليس بإجازة ، فلا فرق بينهما . وعلى هذا الاختلاف إذا طلقها الزوج .

وفى جامع الفصولين أن هذا الاختلاف فى الطلقة الواحدة ، أمالوطلقها ثلاثا فهى إجازة اتفاقا وعليه فينبغى أن تحرم عليه لو طلقها ثلاثا لأنه يصير كأنه إجازة أولا ثم طلق اهـ وبه صرح الزيلعى بحر (قوله وإذنه لعبده الخ) أطلقه فشمل ماإذا أذن له فى نكاح حرة أو أمة معينة أولا فى الهداية من التقييد بالأمة والمعينة اتفاق بحر (قوله بعد إذنه) متعلق بنكحها ، وقيد به لئلا يتوهم أن قوله وإذنه لعبده يدخل فيه الإذن بعد النكاح ، لأن الإذن مايكون قبل الوقوع على مامر بيانه فافهم (قوله فوطئها) قيد به لأن المهر لايلزم فى الفاسد إلابه ط (قوله خلافا لهما) فعندهما الإذن لايتناول إلا الصحيح فلا يطالب بالمهر فى الفاسد إلا بعد العتق (قوله تقيد به) أى ويصدق قضاء وديانة .

كما لو نص عليه ، ولو نص على الفاسد صح وصح الصحيح أيضاً نهر :

(ولو نكحها ثانياً) صحيحا (أو) نكح أخرى (بعدها صحيحا وقف على الإجازة) لانتهاء الإذن بمرة وإن نوى مراراً ؛ ولو مرتين صح لأنهما كل نكاح العبد ، وكذا التوكيل بالنكاح (بخلاف التوكيل به) فإنه لايتناول الفاسد فلا ينتهى ، به يفتى . والوكيل بنكاح فاسد لايملك الصحيح ، بخلاف البيع ابن ملك :

وفى الأشباه من قاعدة الأصل فى الكلام الحقيقة الإذن فى النكاح والبيع

قال فى النهر واعلم أنه ينبغى أن يقيد الخلاف بما إذالم ينو المولى الصحيح فقط فإن نواه تقيد به أخذامن قولهم لو حلف أنه ماتزوج فى الماضى يتناول يمينه الفاسد أيضاً قال فى التلخيص : ولو نوى الصحيح صدق ديانة وقضاء وإن كان فيه تخفيف رعاية لجانب الحقيقة اه نهر (قوله كما لونص عليه) أى فإنه يتقيد به اتفاقا أيضاً كما بحثه فى البحر أخذا ممابعده (قوله صح) أى فإذا دخل بها يلزمه المهر فى قولهم جميعاً ، بحر عن البدائع (قوله وصح الصحيح أيضاً) أى اتفاقا ،وهذا مابحثه فى النهر على خلاف مابحثه فى البحر من أنه لايصح اتفاقا .وإذا تأملت كلام كل منهما يظهر لك أرجحية مافى البحر كما أوضحته فيما علقته عليه ويأتى قريبا بعض ذلك (قوله ولو نكحها ثانيا) أى بعد الفاسد وهذا عطف على قوله فيباع الخ فهو أيضاً من ثمرة الخلاف لأنه إذا انتظم الفاسد عنده ينتهى به الإذن ، وإذا لم ينتظمه لاينتهى به عندهما فله أن يتزوج صحيحا بعده بها أوبغيرها (قوله لانتهاء الإذن بمرة) ومثل الإذن الأمر بالتزويج ، كما لوقال له تزوج فإنه لايتزوج إلا مرة واحدة لأن الأمر لايقتضى التكرار وكذا إذا قال تزوج امرأة لأن قوله امرأة اسم لواحدة من هذا الجنس بحر عن البدائع (قوله وإن نوى مرارا الخ) أى لو قال لعبده تزوج ونوى به مرة بعد أخرى لم يصح لأنه عدد محض ولو نوى ثنتين يصح لأن ذلك كل نكاح العبد ، إذ العبد لايملك التزوج بأكثر من ثنتين ، بحر عن شرح المغنى للهندى .

وحاصله أن الأمر يتضمن المصدر وهو للفرد الحقيقى أو الاعتبارى أى جملة مايملكه دون العدد المحض ، كما قالوا فى طلق امرأتى ونوى الواحدة أو الثلاث يصح دون الثنين (قوله وكذا التوكيل بالنكاح) بأن قال زوّج لى امرأة لايملك أن يزوجه إلا امرأة واحدة ، ولو نوى الموكل الأربع ينبغى أن يجوز على قياس ماذكرنا لأنه كل جنس النكاح فى حقه ولكنى ماظفرت بالنقل ، كذا فى شرح المغنى للهندى فى بحث الأمر بحر فافهم ، لكن نية الأربع إنما تصح إذا لم يقل امرأة ، أمالو قاله كما هو تصوير المسألة قبله فلا كما أفاده الرحمتى ، ويؤيده مامر آنفا عن البدائع من أن المرأة اسم لواحدة من هذا الجنس (قوله بخلاف التوكيل به) أى توكيل من يريد النكاح به ، وهذا مرتبط بقول المصنف والإذن بالنكاح ينتظم جائزه وفاسده (قوله فإنه لايتناول الفاسد) لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح لأنه لايفيد شيئا من أحكام النكاح ، ولهذا لوحلف لايتزوج فتزوج نكاحا فاسدا لايحنث ، بخلاف البيع يجوز فى قول أبى حنيفة لأن الفاسد بيع يفيد حكم البيع وهو الملك ، ويدخل فى يمين البيع فيحنث به خانية (قوله به يفتى) عبارة البحر : فلا ينتهى به اتفاقا ،وعليه الفتوى كما فى المصفى ، وأسقط الشارح اتفاقا لأن قوله وعليه الفتوى يشعر بالخلاف وإرجاع ضمير عليه إلى الاتفاق فيه نظر ،إذ لامعنى للإفتاء بالاتفاق فافهم (قوله لايملك الصحيح) لأنه قد يكون له غرض فى الفاسد وهو عدم لزوم المهر بمجرد العقد فإنه لايلزم إلا بالوطء . وفى الصحيح يلزم المهر بمجرد العقد ، ويتأكد بالخلوة والموت ولو بدون وطء ، ففيه إلزام على الموكل بما لم يلتزمه ، وهذا يؤيد مابحثه فى البحر كمامر عند قوله وصح الصحيح أيضا (قوله بخلاف البيع) أى بخلاف الوكيل ببيع فاسد فإنه يملك الصحيخ ، لأن البيع الفاسد بيع حقيقة لإفادته الملك بعد القبض ، بخلاف النكاخ الفاسد كما مر (قوله الإذن فى النكاح) الأولى بالنكاح بالباء ، والمراد الإذن للعبد المحجور وهو فك الحجر

والتوكيل بالبيع يتناول الفاسد ، وبالنكاح لا ، واليمين على نكاح وصلاة وصوم وحج وبيع ، إن كانت على الماضى يتناوله ؛ وإن على المستقبل لا ؛

(ولو زوّج عبداً له مأذونا مديونا صح وساوت) المرأة (الغرماء فى مهر مثلها) والأقل (والزائد) عليه (تطالب به) بعد استيفاء الغرماء (كدين الصحة مع) دين (المرض) إلا إذا باعه منها

وإسقاط الحق ، لأن العبد له أهلية التصرف فى نفسه ، وإنما حجر عنه لحق المولى فبالإذن يتصرف لنفسه بأهليته. وعند زفر والشافعى هو توكيل وإنابة كما سيأتى فى بابه إن شاء الله تعالى . والظاهر أن هذا غير خاص بالعبد لأنه يقال أذنت لزيد بأكل طعامى أو بسكنى دارى ففيه فك حجر وإسقاط حق ، وكذا يقال أذنت له ببيع دارى فيكون بمعنى الإحلال والإعارة والتوكيل ، وإنما لم يكن الإذن للعبد توكيلا عندنا لما علمت من أنه بالإذن يتصرف لنفسه لابطريق النيابة عن المولى (قوله والتوكيل بالبيع) أى توكيل أجنبى به . وقول البحر أشار المصنف إلى أن الإذن بالبيع وهو التوكيل به يتناول الفاسد بالأولى اتفاقا يوهم أن الإذن هو التوكيل ، لكن قد علمت أنه ليس عينه مطلقا بل قد يطلق عليه ، فمراده الإذن الذى بمعنى توكيل الأجنبى لا إذن العبد تأمل (قوله وبالنكاح لا) أى والتوكيل بالنكاح لايتناول الفاسد كما مر (قوله واليمين على نكاح) كما إذا حلف لايتزوج فإنه لايحنث إلا بالصحيح . وأما إذا حلف أنه ماتزوج فى الماضى فإنه يتناول الصحيح والفاسد أيضا ، لأن المراد فى المستقبل الإعفاف وفى الماضى وقوع العقد ، بحر عن المبسوط (قوله وصلاة) يقال على قياس ماتقدم إن يمينه فى الماضى منعقدة على صورة الفعل وقد وجدت ، بخلافها فى المستقبل فمنعقدة على المتهيئة للثواب وهو لايحصل بالفاسد ، ومثلها الصوم والحج ط .

قلت : وسيأتى فى الأيمان حلف لايصوم حنث بصوم ساعة بنية وإن أفطر لوجود شرطه ؛ ولو قال صوما أو يوما حنث بيوم ، وحنث فى لايصلى بركعة ، وفى لايصلى صلاة بشفع ، وفى : لايحج لايحنث حتى يقف بعرفة عن الثالث أو حتى يطوف أكثر الطواف عن الثانى اهـ .

وبه علم أن المراد بالصحيح فى المستقبل مايتحقق به الفعل المحلوف عليه شرعا مع شرائطه ، وذلك فى الصوم بساعة ، وفى الصلاة بركعة وإن أفسده بعده تأمل (قوله صح) أى النكاح لأنه يبتنى على ملك الرقبة وهو باق بعد الدين كما هو قبله بحر (قوله وساوت الغرماء) أى أصحاب الديون ، وفيه تصريح بأن المهر كسائر الديون ؛ فلومات العبد وكان له كسب يوفى منه . وما فى الفتح عن التمرتاشى : لو مات العبد سقط المهر والنفقة يجب حمله فى المهر على ما إذا لم يترك شيئا نهر ، وأصل هذا الاستخراج والتوفيق لصاحب البحر (قوله والأقل) أى إن كان المهر المسمى أقل من مهر المثل تساوى الغرماء فيه ، ولم يذكره المصنف لعلمه بالأولى (قوله والزائد عليه الخ) أى إذا كان المسمى أكثر من مهر المثل فإنها تساويهم فى قدره والزائد عليه يطالب به بعد استيفاء الغرماء بحر : أى فيسعى لها به إن بقى فى ملك مولاه أو تصبر إلى أن يعتق ؛ ولو باعه الغرماء معها ليس لها بيعه ثانيا لأخذ الزائد لأنه لايباع فى المهر مرتين كما حررناه فيما مر تأمل (قوله كدين الصحة) أى إذا كان على المريض دين صحة وهو ماثبت ببينة مطلقا أو باقراره صحيحا قدم على دين المرض وهو ماأقر به مريضا لأن فيه إضرارا بالغرماء فيقضى بعد قضاء ديونهم (قوله إلا إذا باعه منها) فى الخانية : زوّجة بألف وباعه منها بتسعمائة وعليه دين ألف فأجاز الغريم البيع كانت التسعمائة بينهما يضرب الغريم فيها بألف والمرأة بألف ، ولاتتبعه المرأة بعد ذلك ويتبعه الغريم بما بقى من دينه إذا عتق اهـ وقوله ولا تتبعه بتاءين ثم باء موحدة : أى لاتطالبه بما بقى من مهرها لأنه صار ملكها وانفسخ النكاح والسيد

كما مر :

(ولو زوّج بنته مكاتبه ثم مات لايفسد النكاح) لأنها لم تملك المكاتب بموت أبيها (إلا إذا عجز فرد في الرق) فحينئذ يفسد للتنافي :

(زوّج أمته) أو أم ولده (لاتجب) عليه (تبوئتها) وإن شرطها في العقد أما لو شرط الحر

لايستوجب على عبده مالا ، بخلاف مابقي للغريم فإنه باق في ذمة العبد فيطالبه به بعد عتقه ؛ أما قبله فلا لما مر من أن العبد لايباع في دين أكثر من مرة إلا النفقة ، ولأن الغريم لما أجاز بيع المولى منها تعلق حقه في القيمة فقط : ولا يخفى أن للمرأة بيعه وعتقه كما لو باعه المولى من غيرها ، ولا يمنع من بيعه تعلق الدين برقبته إلى ما بعد عتقه لما قلنا ، فما قيل من أنه ليس لها بيعه لتعلق حق الغريم به فهو وهم منشؤه التصحيف ، ولو كانت النسخة ولا تبيعه ويبيعه الغريم من البيع نافى قوله إذا عتق فافهم (قوله كما مر) أي قبيل قوله ولو زوّج المولى أمته من عبده ح ، (قوله بنته) المراد من ترثه من النساء بعد موته سواء كانت بنتا أو بنت ابن أو أختا ط (قوله لأنها لم تملك المكاتب) لأنه لايحتمل النقل من ملك إلى ملك مالم يعجز ، وإنما تملك مافي ذمته من بدل الكتابة ، وأما صحة عتقها إياه فلأنه يبرأ به عن بدل الكتابة أولا ثم يعتق فتح (قوله للتنافي) أي بين كونه مالكا لها وكونها مالكة له (قوله أو أم ولده) ومثلها المدبرة ، ولا تدخل المكاتبة بقرينة قوله فتخدمه : أي المولى لأن المكاتبة لايملك المولى استخدامها فلذا تجب النفقة لها بدون التبوئة بحر . وأما نفقة الأولاد فتكون على الأم لأن ولد المكاتبة دخل في كتابتها ، وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف (قوله لا تجب تبوئتها) هي في اللغة مصدر بوأته منزلا أي أسكنته إياه . وفي الاصطلاح على مافي شرح النفقات للخصاف : أن يخلي المولى بين الأمة وبين زوجها ويدفعها إليه ولا يستخدمها . أما إذا كانت تذهب وتجيء وتخدم مولاها لاتكون تبوئة اهـ بحر . وقال قبله وقيد بالتبوئة لأن المولى إذا استوفى صداقها أمر أن يدخلها على زوجها وإن لم يلزمه أن يبوئها ، كذا في المبسوط ؛ ولذا قال في المحيط : لو باعها بحيث لايقدر الزوج عليها سقط مهرها كما سيأتي في مسألة ما إذا قتلها اهـ أي سقط لو قبل الوطء .

هذا وفيما نقله عن الخصاف وما نقله عن المبسوط شبه التنافي ، لأن الأول أفاد أنه لابد في تحقق معنى التبوئة اصطلاحا من تسليم الأمة إلى الزوج ، والثاني أفاد أن التسليم إليه بعد قبض الصداق واجب ، وعدم وجوب التبوئة ينافي وجوب التسليم المذكور . والجواب ما أفاده في النهر من أن التسليم الواجب يكتفى فيه بالتخلية ، بل بالقول بأن يقول له المولى متى ظفرت بها وطئتها كما صرح به في الدراية ، والتبوئة المنفية أمر زائد على ذلك لابد فيها من الدفع ، والاكتفاء فيها بالتخلية كما ظن بعضهم غير واقع اهـ . وهذا أولى مما أجاب به المقدسي من أن المراد بالتبوئة المنفية التبوئة المستمرة (قوله وإن شرطها) لأنه شرط باطل ، لأن المستحق للزوج ملك الحل لاغير لأنه لو صح الشرط لايخلو إما أن يكون بطريق الإجارة أو الإعارة ، فلايصح الأول لجهالة المدة ، ولا الثاني لأن الإعارة لايتعلق بها اللزوم بحر (قوله أما لو شرط الحر الخ) بيان للفرق بين المسألتين ، وهو أن اشتراط حرية الأولاد وإن كان لايقتضيه نكاح الأمة أيضا إلا أنه صح ، لأنه في معنى تعليق الحرية بالولادة والتعليق صحيح ، ويمتنع الرجوع عنه لأنه يثبت مقتضاه جبرا ، بخلاف اشتراط التبوئة لأنه يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري لأنه وعد يجب الإيفاء به غير أنه إذا لم يف به لايثبت متعلقه أعني نفس الموعود به فتح ملخصا ، وأقره في البحر والنهر : ومقتضى وجوب الوفاء به أنه شرط غير باطل ، لكن لايلزم من صحته وجوده بخلاف اشتراط الحرية ، لكن تقدم التصريح بأنه باطل ، وكذا صرح به في كافي الحاكم فقال : لو شرط ذلك للزوج كان هذا الشرط باطلا ولا يمنعه أن يستخدم أمته ، ولعل معنى وجوب الوفاء به أنه واجب ديانة ، ومعنى بطلانه أنه غير لازم قضاء فتأمل .

حرية أولادها فيه صح وعتق كل من ولدته فى هذا النكاح لأن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة فيصح فتح ، ومفاده أنه لو باعها أو مات عنها قبل الوضع فلا حرية .

ولو ادعى الزوج الشرط ولا بينة له حلف المولى نهر (لكن لانفقة ولا سكنى لها إلا بها) بأن يدفعها إليه ولا يستخدمها (وتخدم المولى ويطأ الزوج إن ظفر بها فارغة) عن خدمة المولى ؛

[تنبيه] قال فى النهر : وقيد الرجل فى الفتح بالحر حتى لوكان عبدا كانت الأولاد عبيدا عندهما خلافا لمحمد اه ونظر فيه ح بأن التعليق المعنوى موجود :

قلت : وهو الذى يظهر ، وهذا القيد غير معتبر المفهوم ، ولذا لم يقيد به فى كثير من الكتب . وأما ماذكره فى النهر من الخلاف فإنما رأيتهم ذكروه فى مسألة العبد المغرور إذا تزوج امرأة على أنها حرة فظهرت أمة ، بخلاف الحر المغرور فإن أولاده أحرار بالقيمة اتفاقا فالظاهر أن مافى النهر سبق نظر بقرينة أنه ذكر مسألة المغرور ثم قال وقيد الرجل فى الفتح الخ فاشتبه عليه مسألة بمسألة فليراجع (قوله حرية أولادها) أى أولاد القنة ونحوها ، وقوله فيه : أى فى العقد ؛ والظاهر أن اشتراطها بعده كذلك ويحرر ط (قوله فى هذا النكاح) أما لو طلقها ثم نكحها ثانيا فهم أرقاء إلا إذا شرط كالأول ط (قوله والتزويج) عطف على قبول ط ، وهو أحسن من قول ح إنه عطف على الشرط (قوله على اعتباره) حالا من التزويج والهاء للشرط ح (قوله هو معنى الخ) خبر أن ح ؛ فكأنه قال إن ولدت أولادا من هذا النكاح فهم أحرار ط (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل المذكور ، وذلك لأن المعلق قبل وجود الشرط عدم ولابد له من بقاء الملك عند وجود الشرط ، وهذا البحث لصاحب البحر ، وأقره عليه أخوه فى النهر والمقدسى . وقال فى البحر : وقد ذكر ذلك فى المبسوط فى التعليق صريحا بقوله كل ولد تلدينه فهو حر ، فقال : لومات المولى وهى حبلى لم يعتق ماتلده لفقد الملك لانتقالها للورثة ؛ ولو باعها المولى وهى حبلى جاز بيعه ، فإن ولدت بعده لم تعتق اه إلا أن يفرق بين التعليق صريحا والتعليق معنى ولم يظهر لى الآن اه .

قلت : يظهر لى الفرق بينهما من حيث أن هذا التعليق المعنوى تعلق به حق الزوج فى ضمن العقد المقصود منه أصالة الولد والرقيق ميت حكما فصار المقصود به أصالة حرية الولد ، فلا يكون فى حكم التعليق الصريح ، فلا يبطل بزوال ملك المولى ونظيره المكاتب ، فإن عقد الكتابة معاوضة وهو متضمن لتعليق التعليق على أداء البدل ، ولا يبطل هذا التعليق الضمنى بموت المولى المعلق . وأيضا فإن المغرور الذى تزوج امرأة على أنها حرة يكون شارطا الحرية أولاده معنى ، فإذا ظهر أنها أمة تكون أولاده أحرارا مع أن هذا الشرط لم يكن مع المولى وفى مسألتنا وقع شرط الحرية مع المولى صريحا فلا ينزل حاله عن حال المغرور ، فتأمل (قوله ولو ادعى الزوج الخ) هذا ذكره فى النهر بحثا وقال إنه حادثة الفتوى .

واستنبطه مما فى جامع الفصولين فى المغرور : لو ادعى أنه تزوجها على أنها حرة وكذبه المولى ، فإن برهن فالأولاد أحرار بالقيمة وإلا حلف المولى لأنه ادعى عليه مالو أقر به لزمه ، فإذا نكل يحلف (قوله لكن لانفقة الخ) لأنها جزاء الاحتباس ، ولذا لم تجب نفقة الناشزة والحاجة مع غير الزوج والمغصوبة والمحبوسة بدين عليها رحمتى ، وعطف السكنى على النفقة عطف خاص على عام لأن النفقة اسم لها وللطعام والكسوة (قوله ولا يستخدمها) مبنى على مامر عن نفقات الخصاف .

وذكر فى البحر أن التحقيق أن العبرة لكونها فى بيت الزوج ليلا ، ولا يضر الاستخدام نهارا اه ويأتى مثله قريبا (قوله فارغة عن خدمة المولى) ظاهره أنه لو وجدها مشغولة بخدمة المولى فى مكان خال ليس له وطؤها ولم أره صريحا .

ويكفى فى تسليمها قوله متى ظفرت بها وطئتها نهر (فإن بوأها ثم رجع) عنها (صح) رجوعه لبقاء حقه (وسقطت) النفقة :

(ولو خدمته) أى السيد بعد التبوئة (بلا استخدامه) أو استخدمها نهارا وأعادها لبيت زوجها ليلا (لا) تسقط لبقاء التبوئة :

(وله) أى المولى (السفر بها) أى بأمته (وإن أبى الزوج) ظهيرية (وله إجبار قنه وأمته) ولو أم ولد ، ولا يلزمه الاستبراء بل يندب ؛ فلو ولدت لأقل من نصف حول فهو من المولى والنكاح فاسد ، بحر من الاستيلاد وثبوت النسب (على النكاح) وإن لم يرضيا لامكاتبه ومكاتبته ، بل يتوقف على إجازتهما ولو صغيرين إلحاقا بالبالغ ؛ فلو أديا وعتقا عاد موقوفا على إجازة المولى لاعلى إجازتهما

وقد يقال : إن كان استمتاعه لاينقص خدمة المولى أبيح له لأنه ظفر بحقه غير منقص حق المولى لاسيا والمدة قصيرة ط (قوله ويكفى فى تسليمها) أى الواجب بمقتضى العقد وهو بهذا المعنى لا ينافى عدم وجوب التبوئة كما أوضحناه قبل (قوله أو استخدمها نهارا الخ) هذا ما تقدم قريبا عن البحر أنه التحقيق . قال ح : وتكون نفقة النهار على السيد ونفقة الليل على الزوج كما فى القهستانى عن القنية (قوله وإن أبى الزوج) أى وإن أوفى المهر بتمامه لأن حق المولى أقوى ط (قوله وله) أى للمولى حيث تم الملك له نهر ، احترازا عن المكاتب ، فإن ملكه فيه ناقص ، فولاية الإجبار فى المملوك تعتمد كمال الملك ، وهو كامل فى المدبر وأم الولد وإن كان الرق ناقصا ، والمكاتب على عكسهما بحر (قوله ولو أم ولد) ومثلها المدبر والمدبرة ، وأشار إلى أن القنة كذلك بالأولى ، لكنها داخلة فى القن لإطلاقه عليهما كما مر ، فافهم (قوله ولا يلزمه الاستبراء) قدمنا فى فصل المحرمات أن الصحيح وجوب الاستبراء على السيد إذا أراد أن يزوجها وكان يطؤها . وأما الزوج فقال فى الهداية إنه لايستبرئها لااستحبابا ولا وجوبا عندهما . وقال محمد : لا أحب أن يطأها قبل أن يستبرئها اهـ . ورجح أبو الليث قول محمد ، وتقدم تمام الكلام على ذلك (قوله فهو من المولى) أى إن ادعاه فى القنة والمدبرة ولم ينفه عنه فى أم الولد ط .

قلت : وهذا إذا زوجها غير عالم ، لما قدمناه فى المحرمات عن التوشيح من أنه ينبغى أنه لو زوّجها بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح ويكون نفيا (قوله والنكاح فاسد) فلا يلزم المهر إلا بوطء الزوج ط (قوله وإن لم يرضيا) أشار إلى ما فى القهستانى وغيره من أن المراد بالإجبار تزويجهما بلا رضاهما لا إكراههما على الإيجاب والقبول كما قيل اهـ فافهم (قوله لا مكاتبه ومكاتبته) لأنهما التحقا بالأجانب بعقد الكتابة ، ولهذا يستحقان الأرش على المولى بالجناية عليهما ، وتستحق المكاتبة المهر إذا وطئها المولى فصارا كالحرين فلا يجبران على النكاح ط عن أبى السعود (قوله ولو صغيرين) ظاهره أن المراد الإجازة ولو فى حال الصغر مع أن عبارة الصغيرين الحرين غير معتبرة أصلا . ويحتمل أن يكون المراد أنه لاينفذ نكاح المولى عليهما ولو كانا صغيرين ، بل يتوقف على إجازتهما بعد بلوغهما ، والمتبادر من كلامهم الأول تأمل (قوله فلو أديا) أى بدل الكتابة قبل رد العقد فتح (قوله عاد موقوفا على إجازة المولى) لأنه تجدد له ولاية أخرى غير الولاية التى قارنها رضاه بتزويجها ، لأن تلك الولاية كانت بحكم الملك وهذه بحكم الولاء ، فيشترط تجدد رضاه لتجدد الولاية وصار كالشريك إذا زوّج العبد المشترك ثم ملك باقيه ، فإن النكاح يحتاج إلى إجازته لتجدد ملكه فى الباقى ، وكمن أذن لعبد ابنه الصغير فى التجارة ثم مات الابن فورثه فإن العبد يحتاج فى التصرف إلى إذن جديد من الأب لتجدد ولاية ملكه ، وكمن زوّج نافلته مع وجود ابنه ثم مات الابن فالنكاح يحتاج إلى إجازة الجد لتجدد ولايته ، بخلاف الراهن إذا باع العبد المرهون

لعدم أهليتهما إن لم يكن عصبة غيره . ولو عجزا توقف نكاح المكاتب على رضا المولى ثانياً لعود مؤن النكاح عليه وبطل نكاح المكاتبة لأنه طرأ حل باتّ على موقوف فأبطله ، والدليل يعمل العجائب ، وبحث الكمال هنا غير صائب .

والمولى إذا باع العبد المأذون المديون ثم سقط الدين فى الصورتين بطريق من طرق السقوط حيث لا يفتقر العقد فيهما إلى إجازة المالك ثانيا ، لأن نفاذ العقد فيهما بالولاية الأصلية وهى ولاية الملك من شرح تلخيص الجامع الكبير (قوله لعدم أهليتهما) لأن الكتابة لم تبق بعد العتق والصغير ليس من أهل الإجازة (قوله إن لم يكن الخ) قيد لقوله عاد الخ (قوله ثانيا) راجع إلى رضا لا إلى توقف : أى رضا ثانيا قال فى شرح التلخيص : لكن لابد من إجازة المولى وإن كان قد رضى أولا اه فافهم (قوله لعود مؤن النكاح عليه) لأنه لما زوّجه إنما رضى بتعلق مؤن النكاح كالمهر والنفقة بكسب المكاتب لا بملك نفسه ، وكسب المكاتب بعد عجزه ملك للمولى ، شرح التلخيص (قوله لأنه طرأ حل باتّ) أى حل وطئها للسيد على حل موقوف : أى حلها للزوج فأبطله كالأمة إذا تزوجت بغير إذن ثم ملكها من تحل له بطل النكاح لطريان الحل البات على الموقوف . ولا يبطل نكاح العبد المكاتب لعدم الطريان المذكور ، من شرح التلخيص (قوله والدليل يعمل العجائب) وجه العجب أن المولى يملك إلزام النكاح بعد العتق لا قبله ، وأنه يتوقف على إجازة المكاتب قبل العتق ولا يتوقف على إجازته بعده وأن المكاتبة لو ردت إلى الرق يبطل النكاح الذى باشره المولى وإن أجازه ولو عتقت جاز بإجازته ، ولهذا قيل إنها مهما زادت من المولى بعد ازدادت قربا إليه فى النكاح (قوله وبحث الكمال هنا غير صائب) قال الكمال : الذى يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازة المولى بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح ، لما صرحوا به من أنه إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأعتقه نفذ لأنه لو توقف فإما على إجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته وإما على العبد ولا وجه له لأنه صدر من جهته فكيف يتوقف ولأنه كان نافذا من جهته وإنما توقف على السيد فكذا السيد هنا فإنه ولى مجبر ، وإنما التوقف على إذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقى النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه ، وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين .

ورده فى البحر بأنه سوء أدب وغلط . أما الأول فلأن المسألة صرح بها الإمام محمد فى الجامع الكبير فكيف ينسب السهو إليه وإلى مقلديه ؛ وأما الثانى فلأن محمدا رحمه الله علل لتوقفه على إجازة المولى بأنه تجدد له ولاية لم تكن وقت العقد وهى الولاء بالعتق ، ولذا لم يكن له الاجازة إذا كان لها ولى أقرب منه كالأخ والعم ، فصار كالشريك إلى آخر ما قدمناه عن شرح التلخيص قال : وكثيرا ما يعترض المخطىء على المصيبين اه ومثله فى النهر والشرنبلالية وشرح الباقانى .

مطلب على أن الكمال ابن الهمام بلغ رتبة الاجتهاد

وأجاب العلامة المقدسى بأن ما بحثه الكمال هو القياس كما صرح به الإمام الحصيرى فى شرح الجامع الكبير ، وإذا كان هو القياس لا يقال فى شأنه إنه غلط وسوء أدب على أن الشخص الذى بلغ رتبة الاجتهاد إذا قال مقتضى النظر كذا الشىء هو القياس لا يردّ عليه بأن هذا منقول لأنه إنما تبع الدليل المقبول وإن كان البحث لا يقضى على المذهب اه .

والذى ينفى عنه سوء الأدب فى حق الإمام محمد أنه ظن أن الفرع من تفريعات المشايخ بدليل أنه قال فى صدر المسألة : وعن هذا استطرفت مسألة نقلت من المحيط ، هى أن المولى إذا زوّج مكاتبته الصغيرة إلى أن قال

(ولو قتل) المولى (أمته قبل الوطء) ولو خطأ فتح (وهو مكلف) فلو صبيا لم يسقط على الراجح (سقط المهر) لمنعه المبدل كحرة ارتدت ولو صغيرة (لا لو فعلت ذلك) القتل (امرأة) ولو أمة على الصحيح خانية (بنفسها) أو قتلها وارثها أو ارتدت الأمة أو قبلت ابن زوجها كما رجحه فى النهر ، إذ لا تفويت من المولى (أو فعله بعده) أى الوطء لتقرره به ، ولو فعله بعبده

هكذا توارد ها الشارحون ، فهذا يدل على أنه ظن أنها غير منصوص عليها فالأنسب حسن الظن بهذا الامام (قوله ولو قتل المولى أمته) قيد بالقتل لأنه لو باعها وذهب بها المشترى من المصر أو غيبها بموضع لا يصل إليه الزوج لا يسقط المهر بل تسقط المطالبة به إلى أن يحضرها . وفى الخانية : لو أبقت فلا صداق لها ما لم تحضر فى قياس قول الشيخين نهر ، وكالقتل ما لو أعتقها قبل الدخول فاختارت الفرقة ، وقيد بالمولى لأن قتل غيره لا يسقط به المهر اتفاقا ؛ وبالأمة لأنه لو قتل المولى الزوج لا يسقط لأنه تصرف فى العاقد دون المعقود عليه ، وأراد بالأمة القنة والمدبرة وأم الولد لأن مهر المكاتبة لها لا للمولى فلا يسقط بقتل المولى إياها بحر ؛ وكالمكاتبة المأذونة والمديونة على ما سيجىء (قوله قبل الوطء) أى ولو حكما نهر لما مر مرارا أن الخلوة الصحيحة وطء حكما (قوله ولو خطأ) أى أو تسببا كما هو مقتضى الاطلاق نهر (قوله فلو صبيا) مثله المجنون بالأولى نهر (قوله على الراجح الخ) ذكر فى المصفى فيه قولين :

وفى الفتح : لو لم يكن من أهل المجازاة بأن كان صبيا زوّج أمته وصيه مثلا قالوا يجب أن لا يسقط فى قول أبى حنيفة ، بخلاف الحرة الصغيرة إذا ارتدت يسقط مهرها ، لأن الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة ، بخلاف غيرها من الأفعال لأنها لم تحظر عليها والردة محظورة عليها اهـ فترجح عدم السقوط بحر قال الرحمتى : لكن الصبى من أهل المجازاة فى حقوق العباد ألا ترى أنه يجب عليه الدية إذا قتل والضمان إذا أتلف ، والمجنون مثله ولذا ترك التقييد بالمكلف فى الهداية والوقاية والدرر والملتقى والكنز والدليل يعضده وفيهم الأسوة الحسنة (قوله سقط المهر) هذا عنده خلافا لهما لأنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل ، وإن كان مقبوضا لزمه رد جميعه على الزوج بحر (قوله كحرة ارتدت) لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل تقرر المهر فيسقط رحمتى (قوله ولو صغيرة) لحظر الردة عليها بخلاف غيرها من الأفعال كما مر (قوله لا لو فعلت ذلك القتل امرأة) أى القتل المذكور وهو ما يكون قبل الوطء . قال فى النهر : لأن جناية الحر على نفسه هدر فى أحكام الدنيا ، وبتسليم أنها ليست هدرا فقتلها نفسها تفويت بعد الموت ، وبالموت صار للورثة فلا يسقط وإذا لم يسقط مع أن الحق لها أولا فعدم السقوط بقتل الوارث أولى اهـ (قوله ولو أمة) لأن المهر لمولاها ولم يوجد منه منع المبدل بحر .

قال ح : حاصل ما يفهم من كلامهم أن العلة فى سقوط المهر أمران : الأول أن يكون صادرا ممن له المهر . الثانى أن يترتب عليه حكم دنيوى كالمذكور فى صدر المتن ، ففى الأمة غير المأذونة وغير المكاتبة إذا قتلت نفسها فقد الأمران ؛ وفى الحرة إذا قتلت نفسها والمولى الغير المكلف إذا قتل أمته فقد الثانى ، وفى الأجنبى أو الوارث إذا قتل حرة أو أمة فقد الأول اهـ أى لأن الوارث بالقتل لم يبق وارثا مستحقا للمهر لحرمانه به فصار كالأجنبى بحر (قوله أو ارتدت الأمة) مقابل قوله كحرة ارتدت (قوله كما رجحه فى النهر) راجع للأخيرتين ، وسبقه إلى ذلك فى البحر قياسا على تصحيح عدم السقوط فى قتل الأمة نفسها ، فإن الزيلعى جعل الروايتين فى الكل ، وإذا كان الصحيح منهما فى مسألة القتل عدم السقوط فليكن كذلك هنا وهو الظاهر لأن المستحق وهو المولى لم يفعل شيئا اهـ (قوله أو فعله) الضمير المستتر للمولى المكلف والبارز للقتل ح (قوله لتقرره) أى المهر به أى بالوطء ح (قوله ولو فعله بعبده) صورته زوّج عبده ثم قتله وضمن قيمته يوفى منها مهر المرأة ، ومثله ما إذا

أو مكاتبته أو مأذونته المديونة لم يسقط اتفاقا :

(والإذن فى العزل) وهو الإنزال خارج الفرج (لمولى الأمة لالها) لأن الولد حقه، وهو يفيد التقييد بالبالغة وكذا الحرة نهر :

(ويعزل عن الحرة) وكذا المكاتبة نهر بحثا (بإذنها) لكن فى الخانية أنه يباح فى زماننا لفساده .

باعه قال فى النهر : وسيأتى أنه لو أعتق المديون كان عليه قيمته ؛ فالقتل أولى ح (قوله أو مكاتبته) لما عرف أن مهر المكاتبة لها لاللمولى بحر (قوله أو مأذونته المديونة) بحث لصاحب النهر حيث قال وأقول : ينبغى أن يقيد الخلاف : أى الخلاف المار بين الإمام وصاحبيه بما إذا لم تكن مأذونة لحقها به دين ؛ فإن كانت لايسقط اتفاقا لما مر من أن المهر فى هذه الحالة لها توفى منه ديونها غاية الأمر أنه إذا لم يف بدينها كان على المولى قيمتها للغرماء فتضم إلى المهر ويقسم بينهم اه :

[تنبيه] الحاصل أن المرأة إذا ماتت فلا يخلو إما أن تكون حرة أو مكاتبة أو أمة وكل من الثلاث إما أن يكون حتف أنفها أو بقتلها نفسها أو بقتل غيرها وكل من التسعة إما قبل الدخول أو بعده فهى ثمانية عشر ، ولا يسقط مهرها على الصحيح إلا إذا كانت أمة وقتلها سيدها قبل الدخول بحر . قلت : ويزاد فى التقسيم المأذونة المديونة فتبلغ الصور أربعة وعشرين :

مطلب فى حكم العزل

(قوله والإذن فى العزل) أى عزل زوج الأمة (قوله وهو الانزال خارج الفرج) أى بعد النزع منه لامطلقا فقد قال فى المصباح : فائدة المجامع إن أمنى فى الفرج الذى ابتدأ الجماع فيه قيل أمناه وألقى ماءه ؛ وإن لم ينزل فإن كان لاعياء وفتور قيل أكسل وأقحط وفهر ؛ وإن نزع وأمنى خارج الفرج قيل عزل وإن أولج فى فرج آخر فأمنى فيه قيل فهر فهرا من باب منع ونهى عن ذلك . وإن أمنى قبل أن يجامع فهو الزملق بضم الزاى وفتح الميم المشددة وكسر اللام (قوله لمولى الأمة) ولو مدبرة أو أم ولد ؛ وهذا هو ظاهر الرواية عن الثلاثة لأن حقها فى الوطء قد تأدى بالجماع :

وأما سفح الماء ففائدته الولد والحق فيه للمولى فاعتبر إذنه فى إسقاطه فإذا أذن فلا كراهة فى العزل عند عامة العلماء وهو الصحيح ؛ وبذلك تضافرت الأخبار .

وفى الفتح : وفى بعض أجوبة المشايخ الكراهة ، وفى بعض عدمها نهر، وعنهما أن الإذن لها . وفى القهستانى أن للسيد العزل عن أمته بلا خلاف وكذا لزوج الحرة بإذنها ، وهل للأب أو الجد الإذن فى أمة الصغير؟ فى حاشية أبى السعود عن شرح الحموى نعم قال ط : وفيه أنه لامصلحة للصبى فيه لأنه لو جاء ولد يكون رقيقا له إلا أن يقال إنه متوهم اه . وفيه أنه لو لم يعتبر التوهم هنا لما توقف على إذن المولى تأمل (قوله وهو) أى التعليل المذكور يفيد التقييد : أى تقييد احتياجه إلى الإذن بالبالغة وكذا الحرة بتقييد احتياجه بالبالغة ، إذ غير البالغة لاولد لها قال الرحمتى : وكالبالغة المراهقة إذ يمكن بلوغها وحبلها اه ومفاد التعليل أيضا أن زوج الأمة لو شرط حرية الأولاد لايتوقف العزل على إذن المولى كما بحثه السيد أبو السعود (قوله نهر بحثا) أصله لصاحب البحر حيث قال وأما المكاتبة فينبغى أن يكون الإذن إليها لأن الولد لم يكن للمولى ولم أره صريحا اه وفيه أن للمولى حقا أيضا باحتمال عجزها وردها إلى الرق فينبغى توقفه على إذن المولى أيضا رعاية للحقين رحمتى (قوله لكن فى الخانية) عبارتها

قال الكمال : فليعتبر عذرا مسقطا لإذنها، وقالوا يباح إسقاط الولد قبل أربعة أشهر ولو بلا إذن الزوج (وعن أمته بغير إذنها) بلا كراهة، فإن ظهربها حبل حل نفيه إن لم يعد قبل بول (وخيرت أمة) .

على مافى البحر : ذكر فى الكتاب أنه لايباح بغير إذنها وقالوا فى زماننا يباح لسوء الزمان اه (قوله قال الكمال) عبارته : وفى الفتاوى إن خاف من الولد السوء فى الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان ، فليعتبر مثله من الأعذار مسقطا لإذنها اه .

فقد علم مما فى الخانية أن منقول المذهب عدم الإباحة وأن هذا تقييد من مشايخ المذهب لتغير بعض الأحكام بتغير الزمان ، وأقره فى الفتح ، وبه جزم القهستانى أيضا حيث قال : وهذا إذا لم يخف على الولد السوء لفساد الزمان وإلا فيجوز بلا إذنها اه لكن قول الفتح فليعتبر مثله الخ يحتمل أن يريد بالمثل ذلك العذر ، كقولهم : مثلك لايبخل . ويحتمل أنه أراد إلحاق مثل هذا العذر به كأن يكون فى سفر بعيد، أو فى دار الحرب فخاف على الولد ، أو كانت الزوجة سيئة الخلق ويريد فراقها فخاف أن تحبل، وكذا مايأتى فى إسقاط الحمل عن ابن وهبان فافهم .

مطلب فى حكم إسقاط الحمل

(قوله وقالوا الخ) قال فى النهر : بقى هل يباح الإسقاط بعد الحمل ؟ نعم يباح مالم يتخلق منه شىء ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوما ، وهذا يقتضى أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو غلط ، لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة كذا فى الفتح ، وإطلاقهم يفيد عدم توقف جواز إسقاطها قبل المدة المذكورة على إذن الزوج .

وفى كراهة الخانية : ولا أقول بالحل إذ المحرم لو كسر بيض الصيد ضمنه لأنه أصل الصيد فلما كان يؤاخذ بالجزاء فلا أقل من أن يلحقها إثم هنا إذا أسقطت بغير عذر اه قال ابن وهبان : ومن الأعذار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل وليس لأبى الصبى مايستأجر به الظئر ويخاف هلاكه .

ونقل عن الذخيرة لو أرادت الإلقاء قبل مضى زمن ينفخ فيه الروح هل يباح لها ذلك أم لا ؟ اختلفوا فيه، وكان الفقيه على بن موسى يقول إنه يكره، فإن الماء بعدما وقع فى الرحم مآله الحياة فيكون له حكم الحياة كما فى بيضة صيد الحرم ، ونحوه فى الظهيرية قال ابن وهبان : فإباحة الإسقاط محمولة على حالة العذر ، أو أنها لا تأثم إثم القتل اه .

وبما فى الذخيرة تبين أنهم ما أرادوا بالتحقيق إلا نفخ الروح ، وأن قاضيخان مسبوق بما مر من التفقه ، والله تعالى الموفق اه كلام النهر ح .

[تنبيه] أخذ فى النهر من هذا ومما قدمه الشارح عن الخانية والكمال أنه يجوز لها سد فم رحمها كما تفعله النساء مخالفا لما بحثه فى البحر من أنه ينبغى أن يكون حراما بغير إذن الزوج قياسا على عزله بغير إذنها .

قلت : لكن فى البزازية أن له منع امرأته عن العزل اه نعم النظر إلى فساد الزمان يفيد الجواز من الجانبين ، فما فى البحر مبنى على ماهو أصل المذهب، وما فى النهر على ماقاله المشايخ والله الموفق (قوله إن لم يعد قبل بول) بأن لم يعد أصلا أو عاد بعد بول نهر أى وعزل فى العود أيضا كما نقله أبو السعود عن الحانوتى .

ونقل أيضا عن خط الزيلعى أنه ينبغى أن يزاد بعد غسل الذكر : أى لنفى احتمال أن يكون على رأس الذكر بقية منه بعد البول فتزول بالغسل ، وبه ظهر أن ماذكروه فى باب الغسل أن النوم والمشى مثل البول فى حصول الإنقاء لايتأتى هنا فافهم (قوله وخيرت أمة) هذا يسمى خيار العتق . قال فى النهر : ولو اختارت نفسها بلا علم

ولو أم ولد (ومكاتبة) ولو حكما كمعتقة بعض (عتقت تحت حر أو عبد ولو كان النكاح برضاها) دفعا لزيادة الملك عليها بطلقة ثالثة ، فإن اختارت نفسها فلا مهر لها أو زوجها فالمهر لسيدها ، ولو صغيرة تؤخر لبلوغها ، وليس لها خيار بلوغ فى الأصح (أوكانت) الأمة (عند النكاح حرة ثم صارت أمة) بأن ارتدا ولحقا بدار الحرب ثم سبيا معا فأعتقت خيرت عند الثانى خلافا للثالث مبسوط (والجهل بهذا الخيار) خيار العتق (عذر)

الزوج يصح ، وقيل لايصح بغيبته كذا فى جامع الفصولين (قوله ولو أم ولد) أى أو مدبرة ، وشمل الكبيرة والصغيرة بحر (قوله ومكاتبة) خالف زفر فقال لاخيار لها،وقواه فى الفتح وأجاب عنه فى البحر (قوله ولو كان النكاح برضاها) وكذا بدون رضاها بالأولى . وعبارة الزيلعى وغيره : ولافرق فى هذا بين أن يكون برضاها أو بغيره اه وهذا التعميم ظاهر فى غير المكاتبة لما قدمه الشارح قريبا من أن له إجبار قنه على النكاح لامكاتبه ولا مكاتبته .

وفى المعراج أنه ليس له إجبارهما بالاجماع ، وبه تأيد قوله فى الشرنبلالية إنّ نفى رضا المكاتبة منفى فإنه كما لاينفذ تزويجها نفسها بدون إذن مولاها لبقاء ملكه لرقبتها لاينفذ تزويجه إياها بدون إذنها لموجب الكتابة ، وتمامه هناك (قوله دفعا لزيادة الملك عليها) علة لقوله خيرت ، وذلك أن الزوج كان يملك عليها طلقتين فلماصارت حرة صار يملك عليهاطلقة ثالثة وفيه ضرر لها فملكت رفع أصل العقد لدفع الزيادة المضرة لها ، ولهذا لم يثبت خيار العتق للعبد الذكر لأنه ليس عليه ضرر وهو قادر على الطلاق (قوله فلامهر لها) أى إن لم يدخل بها الزوج ، لأن اختيارها نفسها فسخ من الأصل ، وإن كان دخل بها فالمهر لسيدها لأن الدخول بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى بحر (قوله أو زوجها) بالنصف عطف على قوله نفسها (قوله فالمهر لسيدها) أى سواء دخل الزوج بها أو لم يدخل لأن المهر واجب بمقابلة ماملك الزوج من البضع وقد ملكه عن المولى فيكون بدله للمولى بحر عن غاية البيان .

قلت : وقوله سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل لاينافى ماسيأتى متنا من التفصيل ، بأنه لو وطئ الزوج قبل العتق فالمهر للمولى أو بعده فلها لأن ذاك فيما إذا كان النكاح بدون إذن المولى ونفذ النكاح بالعتق وبه تملك منافعها فإذا وطئ بعده فالمهر لها بخلاف ماهنا فإن النكاح بالإذن فنفذ النكاح فى حال قيام الرق كما سيأتى فافهم (قوله ولو صغيرة) أى لو كانت المعتقة صغيرة وقد زوجها مولاها قبل العتق تأخر خيارها إلى بلوغها . قال فى البحر لأن فسخ النكاح من التصرفات المترددة بين النفع والضرر فلا تملكه الصغيرة ولا يملكه وليها لقيامه مقامها ، كذا فى جامع الفصولين ، فإذا بلغت كان لها خيار العتق لاخيار البلوغ على الأصح كذا فى الذخيرة اه . وقيل يثبت لها خيار البلوغ أيضا ، ويدخل تحت خيار العتق . وأما لو زوّجها بعد العتق ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ ، لأن ولاية المولى عليها فى الصورة الأولى كولاية الأب بل أقوى ، وفى هذه كولاية الأخ والعم بل أضعف كما أوضحناه فى باب الولى (قوله معا) قيد فى الجمل الثلاثة وإنما قيد به لأن بارتداد أحدهما أو لحاقه أو سبيه ينفسخ النكاح اه ح (قوله خيرت عند الثانى) لأنها بالعتق ملكت أمر نفسها وازداد ملك الزوج عليها ح عن البحر (قوله خلافا للثالث) أى حيث قال لاخيار لها لأن بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقص الملك ، فإذا أعتقت عاد إلى أصله كما كان ، ولا يخفى ترجيح قول أبى يوسف لدخوله تحت النص كذا فى البحر ، ومراده بالنص قوله صلى الله عليه وسلم لبريرة حين أعتقت « ملكت بضعك فاختارى » اه ح أى حيث أفاد قوله فاختارى أن علة الاختيار ملك البضع على وجه زاد ملك الزوج عليها مثل زنى فرجم وسرق فقطع حيث أفادت الفاء أن العلة الزنى والسرقة كما تقرر فى الأصول ، فلا يرد ماأورده الرحمتى من أن النص لاعموم فيه لأنه خطاب لمعينة فتدبر (قوله خيار العتق) بدل من هذا الخيار ح (قوله عذر) أى لاشتغالها بخدمة المولى فلا تتفرغ للتعلم .

فلو لم تعلم به حتى ارتدا ولحقا فعامت ففسخت صح إلا إذا قضى باللحاق وليس هذا حكما بل فتوى كافى (ولا يتوقف على القضاء) ولا يبطل بسكوت ولا يثبت لغلام ويقتصر على مجلس كخيار مخيرة ، بخلاف خيار البلوغ فى الكل خانية .

(نكح عبد بلا إذن فعتق) أو باعه فأجاز المشترى (نفذ) لزوال المانع (وكذا) حكم (الأمة ولا خيارلها)

ثم إذا علمت يبطل بما يدل على الإعراض فى مجلس العلم كخيار المخيرة ؛ ولو جعل لها قدرا على أن تختاره فتعلت سقط خيارها كما فى النهر . زاد فى تلخيص الجامع ولا شىء لها لأنه حق ضعيف فلا يظهر فى حق الاعتياض كسائر الخيارات والشفعة والكفالة بالنفس ، بخلاف خيار العيب (قوله فلو لم تعلم به) قال فى البحر عن المحيط : إذا زوج عبده أمته ثم أعتقها فلم تعلم أن لها الخيار حتى ارتدا ولحقا بدار الحرب ورجعا مسلمين ثم علمت بثبوت الخيار أو علمت بالخيار فى دار الحرب فلها الخيار فى مجلس العلم اهـ ح وكذا الحربية إذا تزوجها حربى ثم أعتقت خيرت سواء علمت فى دار الحرب أو فى دارنا بعد الإسلام نهر (قوله إلا إذا قضى باللحاق) أى فلا يصح فسخها لعودها رقيقة بالحكم بلحاقها لأن الكفار فى دار الحرب كلهم أرقاء وإن كانوا غير مملوكين لأحد كما يأتى أول العتاق اهـ ح ، وأقره ط والرحمتى .

قلت : مايأتى محمول على الحربى إذا أسر فهو رقيق قبل الإحراز بدارنا وبعده رقيق ومملوك كما سيأتى هناك وهو صريح ماقدمناه أول هذا الباب ، فالظاهر أن علة عدم صحة الفسخ كون الحكم باللحاق موتا حكميا يسقط به التصرفات الموقوفة على الإسلام فيسقط به حق الفسخ الذى هو حق مجرد بالأولى ، ثم رأيت فى شرح التلخيص علل بما قلته ، فلله تعالى الحمد (قوله وليس هذا حكما) جواب سؤال تقديره كيف حكمتم بصحة فسخ من فى دار الحرب وأحكامنا منقطعة عنهم ح (قوله بل فتوى) أى إخبار عند السؤال عن الحادثة ط (قوله ولايتوقف) أى الفسخ بخيار العتق لايتوقف على قضاء القاضى (قوله ولا يبطل بسكوت) أى ولو كانت بكرا بل لابد من الرضا صريحا أو دلالة ط (قوله ولا يثبت لغلام) أى لعبد ذكر لأنه ليس فيه زيادة ملك عليه ، بخلاف الأمة ولأنه يملك الطلاق فلا حاجة إلى الفسخ (قوله ويقتصر على مجلس) أى مجلس العلم ويمتد إلى آخره ، فإذا قامت بطل (قوله كخيار مخيرة) أى من قال لها زوجها اختارى نفسك فإنها تختار مادامت فى المجلس (قوله بخلاف خيار البلوغ فى الكل) أى فى كل الخمسة المذكورة ؛ فإن الجهل فيه ليس بعذر ، ويتوقف على القضاء ويبطل بسكوتها بعد علمها بالنكاح ، ويثبت للأنثى والغلام ولا يمتد إلى آخر المجلس إن كانت بكرا ، ولو ثيبا فوقته العمر إلى وجود الرضا صريحا أو دلالة كما فى الغلام إذا بلغ (قوله نكح عبد بلا إذن) قيد بالنكاح ، لأنه لو اشترى شيئا فأعتقه المولى لاينفذ الشراء بل يبطل لأنه لو نفذ عليه بتغير المالك بحر (قولة فعتق) بفتح أوله مبنيا للفاعل ولا يجوز ضمه بالبناء للمفعول لأنه لازم أبو السعود عن الحموى ط (قوله أو باعه) أى مثلا والمراد انتقال الملك إلى آخر بشراء أو هبة أو إرث (قوله فأجاز المشترى) أى أجاز النكاح الواقع عند المالك الأول (قوله لزوال المانع) لأن المانع من النفاذ كان حق المولى وقد زال لما خرج عن ملكه (قوله وكذا حكم الأمة) أطلقها فشمل القنة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة ، لكن فى المدبرة وأم الولد تفصيل يأتى بحر ، وهذا فى الأمة إذا أعتقت ، أما لو مات عنها أو باعها فإن كان المالك الثانى لايحل له وطؤها فكالعبد ، وإلا فإن كان الزوج لم يدخل بها بطل العقد الموقوف لطرو الحل البات عليه ، وإن كان دخل ففى ظاهر الرواية كذلك لبطلان الموقوف باعتراض الملك الثانى وإن كان ممنوعا من غشيانها ، وتوضيحه فى البحر (قوله ولا خيار لها) أى للأمة ، أما العبد فلا خيار له أصلا وإن نكح

لكون النفوذ بعد العتق فلم تتحقق زيادة الملك ، وكذا لو اقترنا بأن زوجها فضولى وأعتقها فضولى وأجازهما المولى ، وكذا مدبرة عتقت بموته وكذا أم الولد إن دخل بها الزوج ، وإلا لم ينفذ لأن عدتها من المولى تمنع نفاذ النكاح (فلو وطئ) الزوج الأمة (قبله) أى العتق (فالمهر المسمى له) أى للمولى (أو بعده فلها) لمقابلته بمنفعة ملكتها .

(ومن وطئ قنة ابنه فولدت) فلو لم تلد لزم عقرها

بالإذن كما مر ، وشمل المكاتبة فإنها لاخيار لها للعلة الآتية ، وبها صرح فى الشرنبلالية ، وما قاله ابن كمال باشا من أنه لها الخيار كما مر فهو سبق قلم ، وكذا لما كتبه بهامشه من قوله فى الهداية وقال زفر لا خيار لها ، بخلاف الأمة الخ فهو كذلك ، لأن مامر من أن لها الخيار عندنا خلافا لزفر إنما هو فى مسألة تزوجها بإذن مولاها ، وكلامنا فى التزوج بدون إذنه كما هو صريح فى كلام الهداية فتنبه (قوله لكون النفوذ بعد العتق) فصارت كما إذا زوجت نفسها بعد العتق ولذا قال الإسبيجابى : الأصل أن عقد النكاح متى تم على المرأة وهى مملوكة ثبت لها خيار العتق ومتى تم عليها وهى حرة لايثبت لها خيار العتق بحر (قوله فلم تتحقق زيادة الملك) أى بطلقة ثالثة ، وعلة ثبوت الخيار ثبوت الزيادة المذكورة كما مر (قوله وكذا لو اقترنا) أى العتق ونفاذ النكاح ، فإنهما لما أجازهما المولى معا ثبتا معا (قوله وكذا مدبرة عتقت بموته) أى حكمها حكم ما إذا أعتقا فى حياته المذكور فى قوله وكذا حكم الأمة . وأفاد بقوله عتقت أنها تخرج من الثلث ، فإن لم تخرج لم ينفذ حتى تؤدى بدل السعاية عنده . وعندهما جاز كما فى البحر عن الظهيرية : أى لأنها عندهما تسعى وهى حرة (قوله وكذا أم الولد الخ) أى إذا أعتقها أو مات عنها المولى ، إن دخل بها الزوج قبل العتق نفذ النكاح على رواية ابن سماعة عن محمد ، لأنه وجبت العدة من الزوج فلا تجب العدة من المولى ، أما على ظاهر الرواية لاتجب العدة من الزوج فوجبت العدة من المولى ، ووجوبها منه قبل الإجازة يوجب انفساخ النكاح كما فى البحر عن المحيط ، وإنما لم تجب العدة من الزوج لأنها لا تجب إلا بعد التفريق بينهما كما أفاده فى البحر فى المسألة السابقة (قوله تمنع نفاذ النكاح) أى تبطله ، إذ لايمكن توقفه مع العدة بحر ، لأن المعتدة لاتحل لغير من اعتدت منه (قوله فلو وطئ الزوج الأمة) أى التى نكحت بغير إذن مولاها ثم نفذ نكاحها بالعتق (قوله فالمهر المسمى له) أى إن كان وإلا فمهر المثل نهر ، وإنما كان له لأن الزوج استوفى منافع مملوكة للمولى بحر (قوله لمقابلته بمنفعة ملكتها) لأن العقد نفذ بالعتق ، وبه تملك منافعها ، بخلاف النفاذ بالإذن والرق قائم بحر (قوله ومن وطئ قنة ابنه) أى أو بنته حموى عن البرجندى ، وشمل الابن الكافر قهستانى والصغير والكبير بحر ، وشمل ماإذا كانت موطوءة للابن أو لم تكن ظهيرية من العتق ، ومحترز القنة مايأتى فى قوله ولو ادعى ولد أم ولده الخ ، ومحترز الابن مايأتى فى قول المصنف ولو وطئ جارية امرأته أو والده الخ (قوله فولدت) عطف على وطئ وتعقيب كل شيء بحسبه كما فى تزوج زيد فولد له فالظاهر أنها لو ولدت قبل مضى مدة الحمل لم تصح الدعوى ، بل مفاد قوله فادعاه عطفا على فولدت أنه لو ادعاه وهى حبلى لم تصح حتى تلد : قال فى البحر ولم أره صريحا . وفى النهر : ينبغى أنها لو ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت دعوته أن تصح .

مطلب فى تفسير العقر

(قوله لزم عقرها) قال فى الفتح : العقر هو مهر مثلها فى الجمال : أى مايرغب فيه فى مثلها جمالا فقط ، وأما ماقيل مايستأجر به مثلها للزنى لوجاز فليس معناه ، بل العادة أن مايعطى لذلك أقل مما يعطى مهرا لأن الثانى للبقاء بخلاف الأول اهـ . وإذا تكرر منه الوطء ولم تحبل لزمه مهر واحد ، بخلاف وطء الابن جارية الأب مرارا فعليه بكل

وارتكب محرما ، ولا يحد قاذفه (فادعاه الأب) وهو حر مسلم عاقل (ثبت نسبه) بشرط بقاء ملك ابنه من وقت الوطء إلى الدعوة ، وبيعها لأخيه مثلا لايضر نهر بحثا (وصارت أم ولده) لاستناد الملك

وطء مهر ، لأن المهر وجب بسبب دعوى الشبهة ، ولو لم يدعها يلزمه الحد فبتكرر دعواها يتكرر المهر ، بخلاف الأب فإنه لايحتاج إلى دعوى الشبهة خانية (قوله وارتكب محرما الخ) كذا فى النهر وأصله فى البحر حيث قال : وقيد بالولادة لأنه لو وطىء أمة ابنه ولم تحبل فإنه يحرم عليه ولا يملكها ويلزمه عقرها ، بخلاف ما إذا حبلت منه فإنه يتبين أن الوطء حلال لتقدم ملكه عليه ، ولا يحد قاذفه فى المسألتين ، أما إذا لم تلد منه فظاهر لأنه وطىء وطأ حراما فى غير ملكة ، وأما إذا حبلت منه فلأن شبهة الخلاف فى أن الملك يثبت قبل الإيلاج أو بعده مسقطة لإحصانه كما فى الفتح وغيره اه وقوله فإنه يتبين أن الوطء حلال تصريح بمفهوم ماهنا وفيه تأمل ، لأن ثبوت ملكه لها قبيل الوطء عندنا وقبيل العلوق عند الشافعى إنما هو لضرورة ثبوت النسب كما أوضحه فى الفتح ، ولا يلزم من ذلك حل الأقدام على هذا الوطء ، كما لو غصب شيئا وأتلفه ثم أدى ضمانه لمالكه لايلزم من استناد الملك إلى وقت الغصب حل ماصنع ، ولعل المراد بقوله حلال أنه ليس بزنى إذ لو كان زنى لزمه العقر ولم يثبت النسب ، ويدل على ماقلنا إطلاق قوله الآتى ، ولذا يحل له عند الحاجة الطعام لا الوطء ، وكذا ماقدمناه عن الظهيرية من صحة الدعوى فى الأمة الموطوءة للابن مع أنها محرمة على الأب حرمة مؤبدة فليتأمل (قوله فادعاه) أى عند قاض كما فى شرح ابن الشلبى . وأفاد أنه لايشترط فى صحة الدعوى دعوى الشبهة ولا تصديق الابن فتح . والظاهر أن الفاء لمجرد الترتيب فلا يلزم الدعوى عقب الولادة . وادعى الحموى اللزوم فورا وهو بعيد ، فليراجع (قوله وهو حر مسلم عاقل) فلو كان عبدا أو مكاتبا أو كافرا أو مجنونا لم تصح الدعوى لعدم الولاية ، ولو أفاق المجنون ثم ولدت لأقل من ستة أشهر يصح استحسانا ، ولو كانا من أهل الذمة إلا أن ملتيهما مختلفة جازت الدعوى من الأب فتح ، فأفاد أن الإسلام شرط فيما لو كان الابن مسلما ، أما لو كان كافرا فلا يشترط إسلام الأب ولو اختلفت الملة لأن الكفر ملة واحدة . وفى الظهيرية : ولو كان الأب مسلما والابن كافرا صحت دعوته ، ولو كان الأب مرتدا فدعوته موقوفة عنده نافذة عندهما (قوله بشرط الخ) فلو حبلت فى غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لا تصح الدعوى ، لأن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق فيستدعى قيام ولاية التملك من حين العلوق إلى التملك هذا إن كذبه الابن ، فإن صدقه صحت الدعوى ولا يملك الجارية كما إذا ادعاه أجنبى ويعتق على المولى كما فى المحيط بحر : قال فى النهر المذكور فى الشرح للزيلعى : وعليه جرى فى فتح القدير وغيره أنه لايشترط فى صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن اه .

أقول : كأنه فهم أن الإشارة فى قوله هذا إن كذبه الابن راجعة إلى أصل المسألة أعنى ما إذا بقيت الجارية فى ملك الابن ، وليس كذلك بل هى راجعة إلى قوله فلو حبلت فى غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه الخ فلا ينافى ذلك ماذكره فى الزيلعى والفتح من عدم اشتراط التصديق ، لأنه فى أصل المسألة لافيما نحن فيه بدليل أن اشتراط بقائها فى ملك الابن مذكور فى الزيلعى والفتح ، فلو كان لايشترط تصديق الابن وإن أخرجها عن ملكه لم يبق فائدة لاشتراط بقائها فى ملكه .

وفى الظهيرية من العتق : يشترط أن تكون الجارية فى ملكه من وقت العلوق إلى الدعوة ، حتى لو علقت فباعها الابن ثم اشتراها أو ردت عليه بعيب بقضاء أو غيره أو بخيار رؤية أو شرط أو بفساد البيع ثم ادعاه الأب لايثبت النسب إلا إذا صدقه الابن اه فهذا أيضا صريح فيما قلنا فتدبر (قوله وبيعها لأخيه مثلا) أى أو ابنه أو ابن أخيه لايضر

لوقت العلوق (وعليه قيمتها) ولو فقيرا لقصور حاجة بقاء نسله عن بقاء نفسه ولذا يحل له عند الحاجة الطعام لا الوطء ويجبر على نفقة أبيه لا على دفع جارية لتسريه (لا عقرها وقيمة ولدها) مالم تكن مشتركة فتجب حصة الشريك وهذا إذا أدعاه وحده ، فلو مع الابن ، فإن شريكين قدم الأب وإلا فالابن ولو ادعى ولد أم ولده المنفى أو مدبرته أو مكاتبته شرط تصديق الابن

لأنها لا تخرج والحالة هذه عن كونها جارية فرعه اهـ ح . وفيه أن بيعها لابنه لا يفيد لأنه لا ولاية للجد عليه مع وجود الأب ، نعم بيعها لابن أخيه يفيد إذا كان أبو ذلك الابن ميتا أو مسلوب الولاية بكفر أو رق أو جنون ليكون للجد المدعى ولاية ، لأن دعوة الجد لا تصح إلا عند الولاية على فرعه كما يأتى ، أفاد الرحمتى فافهم (قوله لوقت العلوق) كذا فى الفتح : أى لوقت الوطء القريب من وقت العلوق كى لا ينافى ما يأتى قريبا تأمل (قوله وعليه قيمتها) أى لولده يوم علقت كما فى مسكين ط .

وفى المحيط : ولو استحقها رجل يأخذها وعقرها وقيمة ولدها ، لأن الأب صار مغرورا ، ويرجع الأب على الابن بقيمة الجارية دون العقر وقيمة الولد لأن الابن ما ضمن له سلامة الأولاد اهـ بحر (قوله لقصور الخ) أى أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى إبقاء نفسه فكذا إلى صون نسله لأنه جزء منه ، لكن الأولى أشد ، ولذا يتملك الطعام بغير قيمته والجارية بالقيمة ، ويحل له الطعام عند الحاجة دون وطء الجارية ، ويجبر الابن على الإنفاق عليه دون دفع الجارية للتسرى : فللحاجة جاز له التملك ، ولقصورها أوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين فتح ، وماذكره من أنه لا يجبر على الجارية للتسرّى ذكره الزيلعى أيضا ، ومثله فى الدرر وغاية البيان والنهاية ؛ وما فى هذه الشروح المعتبرة لا يعارضه ماسيأتى فى النفقة ، وعزاه فى الشرنبلالية إلى الجوهرة من أنه يجبر فتدبر (قوله لا عقرها) تقدم تفسيره قريبا . وعند الشافعى وزفر عليه عقرها لثبوت الملك فيها قبيل العلوق لضرورة صيانة الولد . وعندنا قبيل الوطء لأن لازم كون الفعل زنى ضياع الماء شرعا ، فلو لم يقدم عليه ثبت لازمه فظهر أن الضرورة لا تندفع إلا بإثباته قبل الإيلاج ، بخلاف مالو لم تحبل حيث يجب العقر فتح أى لأنها إذا لم تحبل لم توجد علة تقدم ملكه فيها وهى صيانة الولد كما أفاده الزيلعى (قوله وقيمة ولدها) أى ولا قيمة ولدها لأنه علق حر التقدم ملكه نهر (قوله مالم تكن مشتركة) قال فى البحر : فلو كانت مشتركة بينه : أى بين الابن وبين أجنبى كان الحكم كذلك إلا أنه يضمن لشريكه نصف عقرها ولم أره ، ولو كانت مشتركة بين الأب والابن أو غيره يجب حصة الشريك الابن وغيره من العقر ، وقيمة باقيها إذا حبلت لعدم تقديم الملك فى كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل ، إذ ما فيها من الملك يكفى لصحة الاستيلاد ، وإذا صح ثبت الملك فى باقيها حكما لا شرطا كما فى الفتح وهى مسألة عجيبة ، فإنه إذا لم يكن للواطئ فيها شىء لا مهر عليه وإذا كانت مشتركة لزمه اهـ (قوله وهذا الخ) الإشارة إلى جميع مامر (قوله قدم الأب) لأن له جهتين حقيقة الملك فى نصيبه وحق التملك فى نصيب ولده بحر .

قلت : وفى الظهيرية : ولو كانت مشتركة بين رجل وابنه وجده فادعوه كلهم فالجد أولى ، وينبغى حمله على ما إذا كان أبو الرجل ميتا مثلا ليصير للجد الترجيح من جهتين تأمل (قوله وإلا) أى وإن لم يكونا شريكين ، وهذا صادق بما إذا كانت للابن وحده أو للأب وحده ، والثانى لا يصح هنا لكن أصل المسألة مفروض فى جارية الابن ، فهو قرينة على أن المراد الأول فقط فافهم (قوله فالابن) أى تقدم دعواه لأنها سابقة معنى بحر : أى لأن له حقيقة الملك ولأبيه حق التملك ، ولأن ملك الابن سابق فصار كأنه ادعى قبل الأب تأمل اهـ (قوله ولو ادعى) أى الأب ، وقوله المنفى بالنصب نعت لولد أم الولد ، وقوله أو مدبرته أو مكاتبته مجروران بالعطف على أم ، وهذا بيان لمحترز قوله قنة ابنه : أى لو ادعى ولد أم ولد ابنه الذى نفاه ابنه لا يثبت نسبه إلا بتصديق الابن لأن أم

(وجد صحيح كأب بعد زوال ولايته بموت وكفر وجنون ورق فيه) أى فى الحكم المذكور (لا) يكون كالأب (قبله) أى قبل زوال المذكورة ، ويشترط ثبوت ولايته من الوطء إلى الدعوة .

(ولو تزوجها) ولو فاسدا (أبوه) ولو بالولاية (فولدت لم تصر أم ولده) لتولده من نكاح (ويجب المهر لا القيمة وولدها حر) بملك أخيه له ، ومن الحيل أن يملك أمته لطفله ثم يتزوجها .

الولد لاتقبل الانتقال إلى ملك غير المستولد، وقيد بقوله المنفى ، لأنه إذا لم ينفه الابن يثبت نسبه منه فلا يمكن ثبوته من الأب وإن صدقه الابن ،وكذا لو ادعى ولد مدبرة ابنه أو ولد مكاتبة ابنه الذى ولدته فى الكتابة أو قبلها لايثبت نسبه إلا بتصديق الابن كما فى البحر ، لأنه لايمكن جعل الأب متملكا لها قبل الوطء ، فإن صدقه ثبت نسبه لاحتمال وطء الأب بشبهة والظاهر لزوم العقر للمكاتبة لأن لها العقر بوطء المولى، فبوطء أبيه أولى، وحيث لم يثبت الملك فى أم الولد المدبرة ينبغى لزوم العقر للابن على أبيه كما يفيده ماقدمناه فيما لو وطئها ولم تحبل تأمل (قوله وجد صحيح) خرج به الجد الفاسد كأبى الأم ، وكذا غير الجد من الرحم المحرم فلا يصدق فى جميع الأحوال لفقد ولايتهم ، بحر عن المحيط (قوله بعد زوال ولايته) أى الأب ، وأراد بزوال الولاية عدمها ليشمل مالو كان كفره أو جنونه أو رقه أصليا ، أفاده الرحمتى ، والمراد بالولاية ولاية التملك كما مر (قوله فيه) متعلق بكاف التشبيه ح .

فالمعنى أن الجد مشابه للأب في الحكم المذكور (قوله ويشترط ثبوت ولايته) أى ولاية الجد الناشئة عن فقد ولاية الأب : أى لايكفى ثبوتها وقت الدعوة فقط ، بل لابد من ثبوتها من وقت العلوق إلى وقت الدعوة قال فى الفتح : حتى لو أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما قلنا فى الأب اهـ.أى من أن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق ، فيستدعى قيام ولاية التملك من حين العلوق إلى التملك (قوله ولو فاسدا) لأن الفاسد يثبت فيه النسب ، فاستغنى عن تقدم الملك له بحر (قوله أبوه) أى أوجده رحمتى (قوله ولو بالولاية) فى البحر عن الخانية إذا تزوج الرجل جارية ولده الصغير فولدت منه لاتصير أم ولده ، ويعتق الولد بالقرابة (قوله لتولده من نكاح) فلم تبق ضرورة إلى تملكها من وقت العلوق لثبوت النسب بدونه ، وأمومية الولد فرع التملك والنكاح ينافيه (قوله ويجب المهر) لالتزامه إياه بالنكاح وهو إن لم يكن مسمى مهر مثلها فى الجمال نهر (قوله لاالقيمة) لعدم تملكه نهر (قوله بملك أخيه له) فعتق عليه بالقرابة هداية ؛ وظاهره أن الولد علق رقيقا :

واختلف فيه ؛ فقيل يعتق قبل الانفصال ، وقيل بعده وثمرته تظهر فى الإرث ، فلومات المولى وهو الابن يرثه الولد على الأول دون الثانى والوجه هو الأول لأنه حدث على ملك الأخ من حين العلوق فلما ملكه عتق عليه بالقرابة بالحديث كذا فى غاية البيان . والظاهر عندى هو الثانى لأنه لاملك له من كل وجه قبل الوضع لقولهم الملك هو القدرة على التصرفات فى الشىء ابتداء ، ولا قدرة للسيد على التصرف فى الجنين ببيع أوهبة وإن صح الإيصاء به وإعتاقه ، فلم يتناوله الحديث لأنه فى المملوك من كل وجه ، ولذا لوقال كل مملوك أملكه فهو حر لايتناول الحمل بحر ، وأقره فى النهر والمقدسى (قوله ومن الحيل) أى من جملة الحيل التى يدفع بها الإنسان عنه مايضره ، وهذا حيلة لما إذا أراد وطء الأمة ولاتصير أم ولده وإن ولدت منه كى لاتتمرد عليه إذا ولدت وعلمت أنها لاتباع فيملكها لطفله بهبة أو بيع ثم يتزوجها بالولاية فيصير حكمها مامر ، فإذا احتاج إلى بيعها باعها وحفظ ثمنها لطفله

(ولو وطئ جارية امرأته أو والده أو جده فولدت وادعاه لايثبت النسب إلا بتصديق المولى) فلو كذبه ثم ملك الجارية وقتا ماثبت النسب ، وسيجيء في الاستيلاد (حرة) متزوجة برقيق (قالت لمولى زوجها) الحر المكلف (أعتقه عني بألف) أو زادت ورطل من خمر إذ الفاسد هنا كالصحيح (ففعل فسد النكاح) لتقدم الملك اقتضاء ، كأنه قال بعته منك وأعتقته عنك ، لكن لو قال كذلك وقع العتق عن المأمور لعدم القبول كما في الحواشي السعدية ؛

أو أنفقه عليه أو على نفسه إن احتاج إليه (قوله ولووطيء جارية امرأته الخ) محترز قوله سابقا قنة ابنه ط (قوله لايثبت النسب إلا بتصديق المولى الخ) فيه اختصار .

وعبارة البحر : لايثبت النسب ، ويدرأ عنه الحد للشبهة ؛ فإن قال أحلها المولى لي لايثبت النسب إلا أن يصدقه المولى في الإحلال وفي أن الولد منه فإن صدقه في الأمرين جميعا ثبت النسب وإلافلا وإن كذبه المولى ثم ملك الجارية يوما من الدهر ثبت النسب كذا في الخانية .

وفي القنية وطيء جارية أبيه فولدت منه لايجوز بيع هذا الولد ادعى الواطيء الشبهة أولا لأنه ولد ولده فيعتق عليه حين دخل في ملكه وإن لم يثبت النسب ، كمن زنى بجارية غيره فولدت منه ثم ملك الولد يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه منه اهـ .

قلت : ومعنى أحلها المولى أي بنكاح أو بهبة مثلا لابقوله جعلتها حلالا لك (قوله وسيجيء الخ) ذكر هناك مايفيد الخلاف ، وفيه كلام سيأتي هناك إن شاء الله تعالى (قوله قالت لمولى زوجها) وكذا لو قال ذلك زوج الأمة لمولى زوجته لكن لايسقط المهر بحر (قوله الحر المكلف) قيد به ليمكن الإعتاق ؛ وفيه أنه ليس بمعتق إنما هو وكيل عنها فيه ، فمقتضاه أن يتوقف بيع الصبي على إجازة وليه . وأما الإعتاق فلا ينظر إليه لصحة توكيله فيه ط .

وصورة كون مولى الزوج غير حر أو غير مكلف أن يشتري العبد المأذون عبدا متزوجا أو يرثه الصبي أو المجنون من أبيه ، وإلا فقد مرأنه لايملك تزويج العبد إلا من يملك إعتاقه (قوله ورطل من خمر) مفعول زادت : أي زادته على قولها بألف (قوله كالصحيح) لأن البيع هنا غير مقصود ، فلا يلزم وجود شروطه كما يأتي قريبا (قوله ففعل) أي قال أعتقه ح عن النهر (قوله اقتضاء) هو دلالة اللفظ على مسكوت يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته ، فالأول كحديث : رفع الخطأ والنسيان ، أي رفع حكمهما وهو الإثم وإلا فهما واقعان في الخارج ، والثاني كمسألتنا فإنه لايمكن تصحيحه إلا بتقديم الملك ، إذ الملك شرط لصحة العتق عنه ، فتقدم الملك بالبيع مقتضى بالفتح والإعتاق عن الآمر مقتض بالكسر ، فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالألف ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه ، وقوله أعتقت تمليك منه ثم الإعتاق عنه .

وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الأمرين ، ثم الملك فيه شرط والشروط أتباع فلذا ثبت البيع المقتضى بالفتح بشروط المقتضي وهو العتق لابشروط نفسه إظهارا للتبعية ، فيشترط أهلية الآمر للإعتاق ، حتى لو كان صبيا مأذونا لم يثبت البيع ويسقط القبول الذي هو ركن البيع ، ولايثبت فيه خيار رؤية أو عيب ، ولا يشترط كونه مقدور التسليم ، فصح الأمر باعتاق الآبق ، ويسقط اعتبار القبض في الفاسد ، كما لوقال أعتقه عني بألف ورطل من خمر اهـ بحر بالمعنى (قوله لكن لو قال الخ) حاصله أن ماثبت بالاقتضاء إنما يثبت بشروط المقتضي بالكسر لابشروط نفسه كما علمت ، لكن هذا إذالم يصرح بالمقتضى بالفتح . قال في فتح القدير : فلو

ومفاده أنه لو قال قبلت وقع عن الآمر (والولاء لها) ولزمها الألف وسقط المهر (ويقع) العتق (عن كفارتها إن نوته) عنها (ولو لم تقل بألف لا) يفسد لعدم الملك (والولاء له) لأنه المعتق ؛ والله أعلم .

باب نكاح الكافر

يشمل المشرك والكتابي . وههنا ثلاثة أصول : الأول أن (كل نكاح صحيح بين المسلمين فهو صحيح بين أهل الكفر) خلافا لمالك ، ويرده قوله تعالى — وامرأته حمالة الحطب — وقوله عليه الصلاة والسلام « ولدت من نكاح لا من سفاح » (و) الثاني أن (كل نكاح حرم بين المسلمين لفقد شرطه)

صرح بالبيع فقال بعتكه وأعتقته لايقع عن الآمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمنا فى هذه المسألة ولا يثبت صريحا كبيع الأجنة فى الأرحام فإذا صرح به ثبت بشرط نفسه والبيع لايتم إلا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه اه أى ولا يفسد النكاح كما فى البحر (قوله ومفاده الخ) البحث لصاحب النهر ح (قوله لوقال) أى الآمر ، والأولى التصريح به والإتيان بعده بضميره (قوله وسقط المهر) لاستحالة وجوبه على عبدها نهر (قوله لايفسد) أى النكاح خلافا لأبى يوسف ، و الله تعالى أعلم .

باب نكاح الكافر

لما فرغ من نكاح الأحرار والأرقاء من المسلمين شرع فى نكاح الكفار ، وتقدم فى آخر باب المهر حكم مهر الكافر ، وأنه تثبت بقية أحكام النكاح فى حقهم كالمسلمين : من وجوب النفقة فى النكاح ، ووقوع الطلاق ونحوهما : كعدة ونسب ، وخيار بلوغ ، وتوارث بنكاح صحيح ، وحرمة مطلقة ثلاثا ، ونكاح محارم (قوله يشمل المشرك والكتابى) لوقال يشمل الكتابى وغيره لكان أولى ، ليدخل من ليس بمشرك ولا كتابى كالدهرى ، وأشار إلى أن التعبير بالكافر لشموله الكتابى أولى من تعبير الهداية تبعا للقدورى بالمشرك اه ح . واعتذر فى الفتح عن الهداية بأنه أراد بالمشرك ما يشمل الكتابى إما تغليبا أو ذهابا إلى ما اختاره البعض من أهل الكتاب داخلون فى المشركين ، أوباعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله رب العزة والكبرياء (قوله خلافا لمالك) فلا يقول بصحة أنكحتهم ولو صحت بين المسلمين ، وأخذ منه أنه لايقول بالأصلين الأخيرين بالأولى ط (قوله ويرده) أى قول مالك المفهوم من قوله خلافا لمالك ، فإنه بمنزلة وقال مالك لايصح ط (قوله وامرأته حمالة الحطب) أى فهذه الإضافة قاضية عرفا ولغة بالنكاح ، وقد قصها الله تعالى فى كتابه مفيدة لهذا المعنى ط (قوله ولدت من نكاح لا من سفاح) أى لا من زنا ، والمراد به نفى ما كانت عليه الجاهلية من أن المرأة تسافح رجلا مدة ثم يتزوجها ، وقد استدل بالحديث المذكور فى الفتح أيضا . ووجهه أنه صلى الله عليه وسلم سمى ماوجد قبل الإسلام من أنكحة الجاهلية نكاحا .

مطلب فى الكلام على أبوى النبى صلى الله عليه وسلم وأهل الفترة

ولايقال : إن فيه إساءة أدب لاقتضائه كفر الأبوين الشريفين مع أن الله تعالى أحياهما له وآمنا به كما ورد فى حديث ضعيف . لأنا نقول : إن الحديث أعم بدليل رواية الطبرانى وأبى نعيم وابن عساكر « خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن آدم إلى أن ولدنى أبى وأمى لم يصبنى من سفاح الجاهلية شىء » وإحياء الأبوين بعد موتهما لاينافى كون النكاح كان فى زمن الكفر ، ولا ينافى أيضا ماقاله الإمام فى الفقه الأكبر من أن والديه صلى الله عليه وسلم ماتا على الكفر ، ولا مافى صحيح مسلم « استأذنت ربى أن أستغفر لأمى فلم يأذن لى » وما فيه أيضا

لعدم شهود (يجوز فى حقهم إذا اعتقدوه) عند الإمام (ويقرون عليه بعد الإسلام . و) الثالث (أن كل نكاح حرم لحرمة المحل) كمحارم (يقع جائزا . وقال مشايخ العراق : لا) بل فاسدا ، والأول أصح

« أن رجلا قال يارسول الله أين أبى ؟ قال : فى النار ، فلما قفا دعاه فقال إن أبى وأباك فى النار » لإمكان أن يكون الإحياء بعد ذلك ، لأنه كان فى حجة الوداع ، وكون الإيمان عند المعاينة غير نافع فكيف بعد الموت فذاك فى غير الخصوصية التى أكرم الله بها نبيه صلى الله عليه وسلم .

وأما الاستدلال على نجاتهما بأنهما ماتا فى زمن الفترة فهو مبنى على أصول الأشاعرة أن من مات ولم تبلغه الدعوى يموت ناجيا ، أما الماتريدية ، فإن مات قبل مضى مدة يمكنه فيها التأمل ولم يعتقد إيمانا ولا كفرا فلا عقاب عليه ، بخلاف ماإذا اعتقد كفرا أومات بعد المدة غير معتقد شيئا ، نعم البخاريون من الماتريدية وافقوا الأشاعرة ، وحملوا قول الإمام لاعذر لأحد فى الجهل بخالقه على مابعد البعثة ، واختاره المحقق ابن الهمام فى التحرير ، لكن هذا فى غير من مات معتقدا للكفر ، فقد صرح النووى والفخر الرازى بأن من مات قبل البعثة مشركا فهو فى النار ، وعليه حمل بعض المالكية ماصح من الأحاديث فى تعذيب أهل الفترة بخلاف من لم يشرك منهم ولم يوحد بل بقى عمره فى غفلة من هذا كله ففيهم الخلاف ، وبخلاف من اهتدى منهم بعقله كقس بن ساعده وزيد بن عمرو بن نفيل فلا خلاف فى نجاتهم ، وعلى هذا فالظن فى كرم الله تعالى أن يكون أبواه صلى الله عليه وسلم من أحد هذين القسمين ، بل قيل إن آباءه صلى الله عليه وسلم كلهم موحدون ، لقوله تعالى — وتقلبك فى الساجدين — لكن رده أبو حيان فى تفسيره بأنه قول الرافضة . ومعنى الآية وترددك فى تصفح أحوال المتهجدين فافهم .

وبالجملة كما قال بعض المحققين : إنه لاينبغى ذكر هذه المسألة إلا مع مزيد الأدب ، وليست من المسائل التى يضر جهلها أو يسأل عنها فى القبر أو فى الموقف ، فحفظ اللسان عن التكلم فيها إلا بخير أولى وأسلم ، وسيأتى زيادة كلام فى هذه المسألة فى باب المرتد عند قوله وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس (قوله كعدم شهود) وعدة من كافر (قوله عند الإمام) هو الصحيح كما فى المضمرات قهستانى . وعند زفر لا يجوز ، وهما مع الإمام فى النكاح بغير شهود ، ومع زفر فى النكاح فى عدة الكافر ح . قال فى الهداية : ولأبى حنيفة أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقا للشرع لأنهم لا يخاطبون بحقوقه ، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقا للزوج لأنه لايعتقده ، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه يعتقده اه . وظاهره أنه لا عدة من الكافر عند الإمام أصلا وإليه ذهب بعض المشايخ فلا تثبت الرجعة للزوج بمجرد طلاقها ، ولا يثبت نسب الولد إذا أتت به لأقل من ستة أشهر بعد الطلاق . وقيل تجب ، لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح ، فيثبت للزوج الرجعة والنسب ، والأصح الأول كما فى القهستانى عن الكرمانى ومثله فى العناية ، وذكر فى الفتح أنه الأولى ولكن منع عدم ثبوت النسب ، لأنهم لم ينقلوا ذلك عن الإمام بل فرعوه على قوله بصحة العقد بناء على عدم وجوب العدة فلنا أن نقول بعدم وجوبها وبثبوت النسب لأنه إذا علم من له الولد بطريق آخر وجب إلحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح ، ومجيئها به لأقل من ستة أشهر من الطلاق مما يفيد ذلك اه . وأقره فى البحر ، ونازعه فى النهر لأن المذكور فى المحيط والزيلعى أنه لا يثبت النسب ، قال : وقد غفل عنه فى البحر ؛ وأنت خبير بأن صاحب الفتح لم يدّع أن ذلك لم يذكروه بل اعترف بذلك ، وإنما نازعهم فى التخريج وأنه لايلزم من عدم ثبوت العدة عدم ثبوت النسب فافهم (قوله لحرمة المحل) أى محل العقد وهو الزوجة ، بأن كانت غير محل له أصلا ، فإن المحرمية منافية له ابتداء وبقاء ، بخلاف عدم الشهود والعدة كما يأتى (قوله كمحارم) وكمطلقة ثلاث ومعتدة مسلم (قوله بل فاسدا) أفاد أن الخلاف فى الجواز والفساد مع

وعليه فتجب النفقة ويحد قاذفه . وأجمعوا على أنهم لا يتوارثون لأن الإرث ثبت بالنص على خلاف القياس في النكاح الصحيح مطلقا فيقتصر عليه ، ابن ملك .

(أسلم المتزوجان بلا) سماع (شهود أو فى عدة كافر معتقدين ذلك أقرا عليه) لأنه أمرنا بتركهم ومايعتقدون (ولو كانا) أى المتزوجان اللذان أسلما (محرمين أو أسلم أحد المحرمين أو ترافعا إلينا وهما على الكفر فرق) القاضى أو الذى حكماه (بينهما)

اتفاقهم على عدم التعرض قبل الإسلام والمرافعة رملى (قوله وعليه) أى على الأصح من وقوعه جائزا تجب النفقة إذا طلبتها ، وإذا دخل بها ثم أسلم فقذفه إنسان يحد كما فى البحر . وأما على القول بوقوعه فاسد لا تجب ولايحد قاذفه لأنه وطىء فى غير ملكه فلا يكون محصنا (قوله وأجمعوا الخ) جواب عما يقال إنه على القول بالجواز ينبغى ثبوت الإرث أيضا .

والجواب أن القياس عدم ثبوت الإرث لأحد الزوجين لأنهما أجنبيان ، لكنه ثبت بالنص على خلاف القياس فى النكاح الصحيح مطلقا أى مايسمى صحيحا عند الإطلاق كالنكاح المعتبر شرعا . وأما نكاح المحارم فيسمى صحيحا لامطلقا بل بالنسبة إلى الكفار فيقتصر على مورد النص .

قلت : وفيه أن مافقد شرطه ليس صحيحا عند الإطلاق أيضا مع أنه يثبت فيه التوارث كما سيذكره الشارح فى كتاب الفرائض ، حيث قال معزيا للجوهرة : وكل نكاح لو أسلما يقران عليه يتوارثان به ، ومالا فلا . قال وصححه فى الظهيرية اه تأمل .

ثم فى حكاية الإجماع تبعا للبدائع نظر ، فقد جرى القهستانى على ثبوت الإرث ، لكن الصحيح خلافه كما سمعت وكذا قال فى سكب الأنهر ، ولا يتوارثون بنكاح لا يقران عليه كنكاح المحارم ، وهذا هو الصحيح اه (قوله أسلم المتزوجان الخ) وكذا لو ترافعا إلينا قبل الإسلام أقرا عليه ولم يذكره لأنه معلوم بالأولى كما فى النهر والبحر (قوله أو فى عدة كافر) احترز عن عدة مسلم كما ينبه عليه المصنف بعد ، وقيد فى الهداية الإسلام والمرافعة بما إذا كانوا والحرمة قائمة . قال فى العناية : وأما إذا كانا بعد انقضاء العدة فلا يفرق بينهما بالإجماع (قوله معتقدين ذلك) فلو لم يكن جائزا عندهم يفرق بينهما اتفاقا لأنه وقع باطلا فيجب التجديد بحر . ونقل بعض المحشين عن ابن كمال أن الشرط جوازه فى دين الزوج خاصة اه .

قلت : والظاهر أنه أراد الزوج الأول وهو الذى طلقها ، لأن العدة حق الزوج المطلق ، فإذا كان لا يعتقدها لا يمكن إيجابها له ، بخلاف مالو كانت تحت مسلم كما قدمناه قريبا عن الهداية تأمل (قوله أقرا عليه) أى عنده خلافا لهما فيما إذا كان النكاح فى العدة كما مر ، لكن فى البحر والفتح عن المبسوط : إذا أسلما والعدة منقضية لا يفرق بالإجماع (قوله لأنا أمرنا بتركهم الخ) هذا التعليل إنما يظهر فيما إذا ترافعا وهما كافران ، أما بعد الإسلام فالعلة ما فى البحر من أن حالة الإسلام والمرافعة حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها ، وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة اه ط . أى فإن الموطوءة بشبهة تجب العدة عليها حال قيام النكاح مع زوجها وتحرم عليه فتح : أى تحرم عليه إلى انقضاء العدة (قوله محرمين) بأن تزوج مجوسى أمه أو بنته ، وكذا لو تزوج مطلقته ثلاثا أو جمع بين خمس أو أختين فى عقدة ثم أسلما أو أحدهما فرق بينهما إجماعا فتح ، وكذا قال فى النهر ، وليس الحكم مقصورا على المحرمية ، بل كذلك لو تزوج مطلقته ثلاثا الخ ثم قيدنا بكونه تزوج خمسا فى عقدة ، لأنه لو تزوجهن على التعاقب فرق بينه وبين الخامسة فقط ؛ ولو تزوج واحدة ثم أربعا جاز نكاح الواحدة لا غير ؛ ولو أسلم بعد مافارق إحدى الأختين أقرا عليه اه وتمامه فيه (قوله فرق القاضى) أما على قولهما فظاهر ، لأن هذه الأنكحة لها

لعدم المحلية (وبمرافعة أحدهما لا) يفرق لبقاء حق الآخر ، بخلاف إسلامه لأن الإسلام يعلو ولا يعلى (إلا إذا طلقها ثلاثا وطلبت التفريق فإنه يفرق بينهما) إجماعا (كما لوخالعها ثم أقام معها من غير عقد أوتزوج كتابية فيعدة مسلم) أو تزوجها قبل زوج آخر وقد طلقها ثلاثا ، فإنه فى هذه الثلاثة يفرق من غير مرافعة ، بحر عن المحيط

حكم البطلان فيما بينهم ، وأما على قوله فلأنه وإن كان لها حكم الصحة فى الأصح حتى تجب النفقة ويحد قاذفه إلا أن المحرمية وما معها تنافى البقاء كما تنافى الابتداء بخلاف العدة نهر . وفى أبى السعود عن الحموى قال البرجندى ظاهر العبارة يدل على أنه لا تقع البينونة بالإسلام . وقال قاضيخان : تبين بدون تفريق القاضى ، ذكره فى القنية (قوله لعدم المحلية) أى محلية المحرمية وما معها لعقد الزوجية ابتداء وبقاء، وهذا تعليل على قول الإمام كما علمت (قوله وبمرافعة أحدهما لايفرق) أى عنده خلافا لهما ، بخلاف ما إذا ترافعا فإنه يفرق بينهما عنده أيضا ، لأنهما رضيا بحكم الإسلام فصار القاضى كالمحكم فتح (قوله لبقاء حق الآخر) لأنه لم يرض بحكمنا (قوله بخلاف إسلامه) أى إسلام أحدهما جواب عن قولهما بأنه يفرق بمرافعة أحد الزوجين كما يفرق بإسلامه .

وبيان الجواب على قوله بالفرق ، وهو أنه بإسلام أحدهما ظهرت حرمة الآخر لتغير اعتقاده واعتقاد المصر لايعارض إسلام المسلم، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى ، بخلاف مرافعة أحدهما ورضاه فإنه لا يتغير به اعتقاد الآخر فتح (قوله إلا إذا طلقها ثلاثا الخ) استثناء من قوله وبمرافعة أحدهما لايفرق ط (قوله فإنه يفرق بينهما) لأن هذا التفريق لا يتضمن إبطال حق على الزوج ،لأن الطلقات الثلاث قاطعة لملك النكاح فى الأديان كلها بحر .

قلت : لكن المشهور الآن من اعتقاد أهل الذمة أنه لاطلاق عندهم ، ولعله مما غيره من شرائعهم (قوله كما لو خالعها) تشبيه فى مطلق تفريق لابقيد كونه بعد مرافعة ، لقول الشارح بعد فإنه فى هذه الثلاثة يفرق من غير مرافعة ط (قوله من غير عقد) وذلك لأن الخلع طلاق والذمى يعتقد كون الطلاق مزيلا للنكاح والوطء بعده حرام فى الأديان كلها يحدون به نهر أى بالوطء بعده ،ومحل الحد إن لم يعتقد شبهة الحل فى العدة كما نص عليه فى الحدود ومثل هذا التعليل يقال فى مسألة الطلاق الثلاث الآتية ط (قوله أو تزوج كتابية فى عدة مسلم) وكذا لو تزوج الذمى مسلمة حرة أو أمة ، ففى الكافى للحاكم الشهيد أنه يفرق بينهما ويعاقب إن دخل بها ، ولايبلغ أربعين سوطا وتعزر المرأة ومن زوجها له ، وإن أسلم بعد النكاح لم يترك على نكاحه .

[تنبيه] قال فى النهر : قيد المصنف بكون المتزوج كافرا، لأن المسلم لوتزوج ذمية فىعدة كافر ذكر بعض المشايخ أنه يجوز ، ولا يباح له وطؤها حتى يستبرئها عنده . وقالا النكاح باطل ، وكذا فى الخانية .

وأقول : وينبغى أن لا يختلف فى وجوبها بالنسبة إلى المسلم ، لأنه يعتقد وجوبها ألا ترى أن القول بعدم وجوبها فى حق الكافر مقيد بكونهم لا يدينونها وبكونه جائزا عندهم ، لأنه لو لم يكن جائزا بأن اعتقدوا وجوبها يفرق إجماعا . قال فى الفتح : فيلزم فى المهاجرة وجوب العدة إن كانوا يعتقدونه لأن المضاف إلى تباين الدار الفرقة لا نفى العدة اه .

قلت : قوله وينبغى الخ قد يقال فيه إنه مما لاينبغى ،لما مر من أن العدة إنما تجب حقا للزوج : أى الذى طلقها ولا تجب له بدون اعتقاده ، ولما قدمناه أيضا عن ابن كمال من اعتبار دين الزوج خاصة، وكذا ماقدمناه من ترجيح القول بأنه لاعدة من الكافر عند الإمام أصلا تأمل (قوله أوتزوجها قبل زوج آخر الخ) مقتضاه أن المسألة الأولى مفروضة فيما إذا طلقها ثلاثا وأقام معها من غير تجديد عقد آخر حتى تكون مسألة أخرى .

ويشكل الفرق بينهما ، فإنه إذا توقف التفريق فى الأولى على طلب المرأة يلزم أن يتوقف هنا على طلبها

خلافا للزيلعي والحاوى من اشتراط المرافعة .

(وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين أو امرأة الكتابى عرض الإسلام على الآخر ، فإن أسلم) فيها (وإلا) بأن أبى

بالأولى ، لأنه إذا جدد عقده عليها قبل زوج آخر حصلت شبهة العقد ، فكيف يفرق بينهما بلا طلب أصلا مع وجود شبهة العقد ، ولايفرق إلا بطلب عند عدم وجود شبهة العقد ، ولذا والله أعلم ذكر فى البحر عن الإسبيجابى أنه إذا طلقها ثلاثا ، إن أمسكها من غير تجديد النكاح عليها فرق بينهما وإن لم يترافعا إلى القاضى ، وإن جدده عليها من غير أن تتزوج بآخر فلا تفريق . ثم قال : وهو مخالف لما فى المحيط لأنه سوّى فى التفريق بين ما إذا تزوجها أولا حيث لم تتزوج بغيره اه .

قلت : لكنه مخالف أيضا لما قدمناه عن الفتح وغيره من أن مثل المحرمين مالو تزوج مطلقته ثلاثا إلا أن يخص ذلك بما إذا أسلما أو أحدهما ، لكنه خلاف ما فى الزيلعى ، حيث قال : وعلى هذا الخلاف المطلقة ثلاثا والجمع بين المحارم والخمس اه أى الخلاف المارّ بين الإمام وصاحبيه من أنه يفرق بمرافعتهما عنده لا بمرافعة أحدهما فليتأمل (قوله خلافا للزيلعى الخ) أقول ما فى الحاوى القدسى ليس فيه مخالفة لما هنا ، كما يعلم من عبارة الحاوى التى نقلها المصنف فى منحه فراجعها . وأما الزيلعى ففيه مخالفة ، فإنه ذكر ماقدمناه عنه آنفا ، ثم قال : وذكر فى الغاية معزيا إلى المحيط أن المطلقة ثلاثا لو طلبت التفريق يفرق بينهما بالإجماع لأنه لايتضمن إبطال حق الزوج وكذا فى الخلع وعدة المسلم لو كانت كتابية ، وكذا لو تزوجها قبل زوج آخر فى المطلقة ثلاثا اه .

ووجه المخالفة أن قوله وكذا فى الخلع الخ يفيد توقف التفريق على الطلب فى المسائل الثلاث كالمسألة الأولى كما هو مقتضى التشبيه ، وصرح بذلك فى الفتح حيث ذكر عبارة الغاية وقال عقب قوله وكذا فى الخلع : يعنى اختلعت من زوجها الذمى ثم أمسكها فرفعته إلى الحاكم فإنه يفرق بينهما ، لأن إمساكها ظلم الخ ، فما عزاه فى الغاية إلى المحيط ونقله عنها الزيلعى وصاحب الفتح مخالف لما فى البحر عن المحيط ، وهو الذى مشى عليه المصنف من عدم توقفه على المرافعة فى المسائل الثلاث . وتوقفه فى المسألة الأولى فقط . وذكر فى النهر أيضا عبارة المحيط الرضوى وهى كما مشى عليه صاحب البحر والمصنف ، فهذا هو وجه المخالفة الذى أراده الشارح ، ونبه عليه فى النهر أيضا وقد خفى على المحشين فافهم ، نعم فى كلام الزيلعى مخالفة من وجه آخر ، وهو أنه ذكر أولا أن المطلقة ثلاثا مثل المحرمين فى جريان الخلاف كما ذكرناه قريبا ثم ذكر مافى الغاية من أنه يفرق بطلبها إجماعا . ورأيت فى كافى الحاكم الشهيد مايؤيد مافى الغاية ، وذلك حيث قال : وإذا طلق الذمى زوجته ثلاثا ثم أقام عليها فرافعته إلى السلطان فرق بينهما ، وكذلك لو كانت اختلعت .

وإذا تزوج الذمى الذمية وهى فى عدة من زوج مسلم قد طلقها أو مات عنها فإنى أفرق بينهما اه لكن مفاده أن التفريق فى هذه الأخيرة لايحتاج إلى مرافعة وطلب أصلا لتعلق حق المسلم ، ومثلها ماقدمناه عن الكافى أيضا ، وهو مالو تزوج الذمى مسلمة (قوله وإذا أسلم أحد الزوجين الخ) حاصل صور إسلام أحدهما على اثنين وثلاثين ؛ لأنهما إما أن يكونا كتابيين أو مجوسيين ، أو الزوج كتابى وهى مجوسية أو بالعكس . وعلى كل فالمسلم إما الزوج أو الزوجة ، وفى كل من الثمانية إما أن يكونا فى دارنا أو فى دار الحرب ، أو الزوج فقط فى دارنا أو بالعكس ، أفاده فى البحر . وفيه أيضا قيد بالإسلام لأن النصرانية إذا تهودت أو عكسه لايلتفت إليهم ؛ لأن الكفر كله ملة واحدة ؛ وكذا لو تمجست زوجة النصرانى فهما على نكاحهما كما لو كانت مجوسية فى الابتداء اه والمراد بالمجوسى من ليس له كتاب سماوى ؛ فيشمل الوثنى والدهرى . وأراد المصنف بالزوجين المجتمعين فى دار الإسلام ؛ وسيأتى محترزه فى قوله ولو أسلم أحدهما ثمة الخ (قوله أو امرأة الكتابى) أما إذا أسلم زوج الكتابية فإن النكاح يبقى

أو سكت (فرق بينهما، ولو كان) الزوج (صبيا مميزا) اتفاقا على الأصح (والصبية كالصبى) فيما ذكر والأصل أن كل من صح منه الإسلام إذا أتى به صح منه الإباء إذا عرض عليه (وينتظر عقل) أى تمييز (غير المميز ، ولو) كان (مجنونا) لاينتظر لعدم نهايته بل (يعرض) الإسلام (على أبويه) فأيهما أسلم تبعه فيبقى النكاح ، فإن لم يكن له أب نصب القاضى عنه وصيا فيقضى عليه بالفرقة ، باقانى عن البهنسى عن روضة العلماء للزاهدى ؛

(ولو أسلم الزوج وهى مجوسية فتهودت أو تنصرت بقى نكاحها كما لو كانت فى الابتداء كذلك) لأنها كتابية مآلا (والتفريق) بينهما (طلاق) ينقص العدد (لو أبى لا لو أبت)

كما يأتى متنا (قوله أو سكت) غير أنه فى هذه الحالة يكرر عليه العرض ثلاثا احتياطا ؛ كذا فى المبسوط نهر (قوله فرق بينهما) ومالم يفرق القاضى فهى زوجته ، حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر : أى كماله وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان قائما ويتقرر بالموت فتح ، وإنما لم يتوارثا لمانع الكفر (قوله صبيا مميزا) أى يعقل الأديان ، لأن ردته معتبرة فكذا إباؤه فتح . قال فى أحكام الصغار : والمعتوه كالصبى العاقل اه (قوله على الأصح) وقيل لا يعتبر إباؤه عند أبى يوسف كما لا تعتبر ردته عنده فتح (قوله فيما ذكر) أى من حكم الإسلام والإباء والسكوت (قوله ولو كان) أى الصبى كما تفيده عبارة الفتح ، وليس بقيد بل البالغ مثله (قوله لعدم نهايته) بخلاف عدم التمييز فإن له نهاية (قوله بل يعرض الإسلام على أبويه الخ) قال فى التحرير وشرحه : وإنما يعرض الإسلام على أبيه أو أمه لصيرورته مسلما بإسلام أحدهما ، فإن أسلم أحدهما أقرا على النكاح وإن أبى فرق بينهما دفعا للضرر عن المسلمة ، ويصير مرتدا تبعا بارتداد أبويه ولحاقهما به ، بخلاف ما إذا تركاه فى دار الإسلام أو بلغ مسلما ثم جن أو أسلم عاقلا فجن قبل البلوغ فارتدا ولحقا به ، لأنه صار مسلما بتبعية الدار عند زوال تبعية الأبوين أو بتقرر ركن الإيمان منه ؛ قال شمس الأئمة : وليس المراد من عرض الإسلام على والده أن يعرض عليه بطريق الإلزام بل على سبيل الشفقة المعلومة من الآباء على الأولاد عادة فلعل ذلك يحمله على أن يسلم ألا ترى أنه إذا لم يكن له والدان جعل القاضى له خصما وفرق بينهما ، فهذا دليل على أن الإباء يسقط اعتباره هنا للتعذر اه وهذا مانقله عن الباقانى ، ومثله فى التتارخانية .

وحاصله أن فائدة نصب الوصى الحكم بالتفريق بلا عرض بل يسقط العرض للضرورة ، لأنه لايصير مسلما بتبعية غير الأبوين ، وقد علم مما ذكرناه أنه لو كان له أم فقط يعرض الإسلام عليها ، فإن أبت فرق بينهما لأنه تبع لها ، وإن لم تكن لها ولاية عليه ، لأن المناط هنا التبعية لا الولاية ، فقول بعض المحشين إنه عند عدم الأب لايعرض على الأم بل ينصب له وصيا غير صحيح ، نعم لو كان أبواه مجنونين أيضا ينبغى أن ينصب عنه وصيا .

والحاصل أن المجنون كالصبى فى تبعيته لأبويه إسلاما وكفرا مالم يسلم قبل جنونه (قوله وهى مجوسية الخ) بخلاف عكسه ، وهو مالو كانت نصرانية وقت إسلامه ثم تمجست فإنه تقع الفرقة بلا عرض عليها بحر عن المحيط . وظاهره وقوع الفرقة بلا تفريق القاضى لأنها صارت كالمرتدة تأمل (قوله طلاق ينقص العدد) أشار إلى أن المراد بالطلاق حقيقته لا الفسخ ، فلو أسلم ثم تزوجها يملك عليها طلقتين فقط عندهما . وقال أبو يوسف : إنه فسخ ، ثم هذا الطلاق بائن قبل الدخول أو بعده ؛ قال فى النهاية : حتى لو أسلم الزوج لايملك الرجعة ؛ قال فى البحر : وأشار بالطلاق إلى وجوب العدة عليها إن كان دخل بها ، لأن المرأة إن كانت مسلمة فقد التزمت أحكام الإسلام ومن حكمه وجوب العدة وإن كانت كافرة لاتعتقد وجوبها فالزوج مسلم والعدة حقه ، وحقوقنا لاتبطل بديانتهم وإلى وجوب النفقة فى العدة إن كانت هى مسلمة لأن المنع من الاستمتاع جاء من جهته ، بخلاف ما إذا كانت

لأن الطلاق لايكون من النساء .

(وإباء المميز وأحد أبوى المجنون طلاق) فى الأصح ، وهو من أغرب المسائل حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون زيلعى ، وفيه نظر ، إذ الطلاق من القاضى وهو عليهما لا منهما فليسا بأهل للإيقاع بل للوقوع ،

كافرة وأسلم الزوج لأن المنع من جهتها ، ولذا لامهر لها إن كان قبل الدخول اه . أما لو أسلمت وأبى الزوج فلها نصف المهر قبل الدخول وكله بعده كما فى كافى الحاكم . ثم قال فى البحر : وأشار أيضا إلى وقوع طلاقه عليها مادامت فى العدة ، كما لو وقعت الفرقة بالخلع أو بالجب أو العنة كذا فى المحيط . وظاهره أنه لا فرق فى وقوع الطلاق عليها بين أن يكون هو الآبى أو هى . وظاهر مافى الفتح أنه خاص بما إذا أسلمت وأبى هو ، والظاهر الأول اه .

أقول : مافى الفتح صريح فى الأول ، حيث قال : إذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرق بينهما بإباء الآخر فإنه يقع عليها طلاقه وإن كانت هى الآبية مع أن الفرقة فسخ وبه ينتقض ماقيل إذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه اه نعم ظاهر مافى المحيط يفيد أنه خاص بما إذا كان هو الآبى وهو قوله كما لو وقعت الفرقة بالخلع الخ لأنها فرقة من جانبه فتكون طلاقا ، ومعتدة الطلاق يقع عليها الطلاق ، أما لو كانت هى الآبية تكون الفرقة فسخا والفسخ رفع للعقد فلا يقع الطلاق فى عدته نعم فى البحر أول كتاب الطلاق أنه لايقع فى عدة الفسخ إلا فى ارتداد أحدهما وتفريق القاضى بإباء أحدهما عن الإسلام .

وفى البزازية : وإذا أسلم أحد الزوجين لايقع على الآخر طلاقه ، لكن قال الخير الرملى : إن هذا فى طلاق أهل الحرب : أى فيما لو هاجر أحدهما إلينا مسلما ، لأنه لاعدة عليها .

قلت : إن هذا الحمل ممكن فى عبارة البزازية دون عبارة طلاق البحر فليتأمل وسيأتى تمام الكلام على ذلك آخر باب الكنايات (قوله لأن الطلاق لايكون من النساء) بل الذى يكون من المرأة عند القدرة على الفرقة شرعا هو الفسخ ؛ فينوب القاضى منابها فيما تملكه (قوله وإباء المميز) أى تفريق القاضى بسبب الإباء ، وإلا فالإباء ليس بطلاق ح (قوله وأحد أبوى المجنون) أى إذا لم يوجد إلا أحدهما أبا أو أما ، أما لو وجدا فلابد من إباء كل منهما ؛ لأنه لو أسلم أحدهما تبعه كمامر (قوله طلاق فى الأصح) يشير إلى أنه فى غير الأصح يكون فسخا أبو السعود .

مطلب الصبى والمجنون ليسا بأهل لإيقاع طلاق بل للوقوع

(قوله فليسا بأهل للإيقاع) أى إيقاع الطلاق منهما ، بل هما أهل للوقوع : أى حكم الشرع بوقوعه عليهما عند وجود موجبه .

وفى شرح التحرير قال صاحب الكشف وغيره المراد من عدم شرعية الطلاق أو العتاق فى حق الصغير عدمها عند عدم الحاجة ، فأما عند تحققها فمشروع . قال شمس الأئمة السرخسى : زعم بعض مشايخنا أن هذا الحكم غير مشروع أصلا فى حق الصبى ، حتى إن امرأته لاتكون محلا للطلاق ، وهذا وهم عندى ، فإن الطلاق يملك بملك النكاح إذ لاضرر فى إثبات أصل الملك بل الضرر فى الإيقاع ، حتى إذا تحققت الحاجة إلى صحة إيقاع الطلاق من جهته لدفع الضرر كان صحيحا ، فإذا أسلمت زوجته وأبى فرق بينهما وكان طلاقا عند أبى حنيفة ومحمد ، وإذا ارتد والعياذ بالله تعالى وقعت البينونة وكان طلاقا فى قول محمد . وإذا وجدته مجبوبا فخاصمته فرق بينهما وكان طلاقا عند بعض المشايخ اه .

كما لو ورث قريبه .

ولو قال : إن جننت فأنت طالق فجن لم يقع ، بخلاف إن دخلت الدار فدخلها مجنونا وقع :

(ولو أسلم أحدهما) أى أحد المجوسيين أو امرأة الكتابى (ثمة) أى فى دار الحرب وملحق بها كالبحر الملح (لم تبن حتى تحيض ثلاثا) أو تمضى ثلاثة أشهر (قبل إسلام الآخر) إقامة لشرط الفرقة مقام السبب ، وليست بعدة لدخول غير المدخول بها .

قلت : وحاصله أنه كالبالغ فى وقوع الطلاق منه بهذه الأسباب إلا أنه لايصح إيقاعه منه ابتداء للضرر عليه ومثله المجنون ، وبه ظهر أنه لاحاجة إلى أنه إيقاع من القاضى ، لأن تفريق القاضى هنا كتفريقه بإباء البالغ عن الإسلام ، وهو طلاق منه بطريق النيابة ، فكذا فى الصبى والمجنون ، لكن لما كان المشهور أنه لايقع طلاقهما أى ابتداء وكان وقوعه منهما بعارض غريبا قال الزيلعى وغيره إنه من أغرب المسائل فافهم (قوله كما لو ورث قريبه) أى الرحم المحرم منه كأن ورث أباه المملوك لأخيه من أم مثلا فإنه يعتق عليه ؛ وكما لو تزوج مملوكة أبيه فورثها منه انفسخ النكاح (قوله لم يقع) لأنه علقه على ماينافى وقوعه منه ، فإن الجزاء وهو أنت طالق لاينعقد سببا للطلاق إلا عند وجود الشرط فلابد من كون الشرط صالحا له فهو كقوله إن مت فأنت طالق ، كذا ظهر لى (قوله وقع) لما صرحوا به من أن الأهلية إنما تعتبر وقت التعليق لاوقت وجود الشرط ، وليس الشرط هنا وهو دخول الدار منافيا لانعقاد الجزاء سببا للطلاق ، بخلاف المسألة الأولى .

والحاصل أنه لابد فى صحة التعليق من وجود الأهلية وقته وعدم منافاة الشرط المعلق عليه للجزاء المعلق وهنا وجد كل منهما ، بخلاف الأولى فإنه وجدت فيها الأهلية وقت التعليق وفقد الآخر وهو عدم المنافاة ، هذا ماظهر لى (قوله ولو أسلم أحدهما ثمة) هذا مقابل قوله فيما مر وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين أو امرأة الكتابى الخ فإنه مفروض فيما إذا اجتمعا فى دار الاسلام كما قدمناه ، ولذا قال فى البحر هنا : أطلق فى إسلام أحدهما فى دار الحرب فشمل ما إذا كان الآخر فى دار الاسلام أو فى دار الحرب أقام الآخر فيها أو خرج إلى دار الاسلام .

فحاصله أنه مالم يجتمعا فى دار الإسلام فإنه لايعرض الإسلام على المصرّ ، سواء خرج المسلم أو الآخر ، لأنه لايقضى لغائب ولا على غائب ، كذا فى المحيط اه (قوله كالبحر الملح) قال فى النهر : وينبغى أن يكون ماليس بدار حرب ولا إسلام ملحقا بدار الحرب كالبحر الملح ، لأنه لاقهر لأحد عليه ، فإذا أسلم أحدهما وهو راكبه توقفت البينونة على مضى ثلاث حيض أخذا من تعليلهم بتعذر العرض لعدم الولاية اه . وهل حكم البحر الملح فى غير هذه حكم دار الحرب ، حتى لو خرج إليه الذمى صار حربيا وانتقض عهده . وإذا خرج إليه الحربى وعاد قبل الوصول إلى داره ينقض أمانه ويعشر مامعه يحرر ط (قوله لم تبن حتى تحيض الخ) أفاد بتوقف البينونة على الحيض أن الآخر لو أسلم قبل انقضائها فلا بينونة بحر (قوله أو تمضى ثلاثة أشهر) أى إن كانت لاتحيض لصغر أو كبر كما فى البحر ، وإن كانت حاملا فحتى تضع حملها ح عن القهستانى (قوله إقامة لشرط الفرقة) وهو مضى هذه المدة مقام السبب وهو الإباء لأن الإباء لايعرف إلا بالعرض ، وقد عدم العرض لانعدام الولاية ومست الحاجة إلى التفريق لأن المشرك لايصلح للمسلم وإقامة الشرط عند تعذر العلة جائز ، فإذا مضت هذه المدة صار مضيها بمنزلة تفريق القاضى وتكون فرقة بطلاق على قياس قولهما . وعلى قياس قول أبى يوسف بغير طلاق لأنها بسبب الإباء حكما وتقديرا بدائع .

وبحث فى البحر أنه ينبغى أن يقال إن كان المسلم هو المرأة تكون فرقة بطلاق ، لأن الآبى هو الزوج حكما والتفريق بإبائه طلاق عندهما فكذا ماقام مقامه وإن كان المسلم الزوج فهى فسخ (قوله وليست بعدة) أى ليست

(ولو أسلم زوج الكتابية) ولو مآلا كما مر (فهي له ، و) المرأة (تبين بتباين الدارين) حقيقة وحكما (لا) بـ(السبي ، فلو خرج) أحدهما (إلينا مسلما) أو ذميا أو أسلم أو صار ذا ذمة في دارنا (أو أخرج مسبيا) وأدخل فى دارنا (بانت) بتباين الدار ، إذ أهل الحرب كالموتى . ولا نكاح بين حي وميت (وإن سبيا) أو خرجا إلينا (معا) ذميين أو مسلمين أو ثم أسلما أو صارا ذميين (لا) تبين لعدم التباين، حتى لو كانت المسبية منكوحة مسلم أو ذمى لم تبن ، ولو نكحها ثمة ثم خرج قبلها بانت وإن خرجت قبله لا ، وما فى الفتح عن المحيط تحريف نهر .

هذه المدة عدة لأن غير المدخول بها داخلة تحت هذا الحكم، ولو كانت عدة لاختص ذلك بالمدخول بها ، وهل تجب العدة بعد مضى هذه المدة ، فإن كانت المرأة حربية فلا لأنه لاعدة على الحربية ، وإن كانت هى المسلمة فخرجت إلينا فتمت الحيض هنا فكذلك عند أبى حنيفة خلافا لهما لأن المهاجرة لاعدة عليها عنده خلافا لهما كما سيأتى بدائع وهداية ، وجزم الطحاوى بوجوبها قال فى البحر : وينبغى حمله على اختيار قولهما (قوله ولو أسلم زوج الكتابية) هذا محترز قوله فيما مر أو امرأة الكتابى (قوله كما مر) أى فى قوله كما لو كانت فى الابتداء كذلك، وأشار إلى أن الذى صرح به فيما مر يمكن انفهامه من هنا بأن يراد بالكتابية الكتابية حالا أو مآلا (قوله فهى له) لأنه يجوز له التزوج بها ابتداء ، فالبقاء أولى لأنه أسهل نهر (قوله حقيقة وحكما) المراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا ، وبالحكم أن لايكون فى الدار التى دخلها على سبيل الرجوع بل على سبيل القرار والسكنى ، حتى لو دخل الحربى دارنا بأمان لم تبن زوجته لأنه فى داره حكما إلا إذا قبل الذمة نهر (قوله لابالسبى) تنصيص على خلاف الشافعى فإنه عكس وجعل سبب الفرقة السبى لاالتباين فتفرع أربع صور وفاقيتان وخلافيتان ، فقوله فلو خرج أحدهما الخ وقوله وإن سبيا الخ خلافيتان ، وقوله أو أخرج مسبيا ، وقوله أو خرجا إلينا الخ وفاقيتان (قوله فلو خرج أحدهما الخ) هذه خلافية لوجود التباين دون السبى : قال فى البدائع : ثم إن كان الزوج هو الذى خرج فلا عدة عليها بلاخلاف لأنها حربية ، وإن كانت هى فكذلك عنده خلافا لهما اهـ . وفى الفتح : لو كان الخارج هو الرجل يحل له عندنا التزوج بأربع فى الحال وبأخت امرأته التى فى دار الحرب إذا كانت فى دار الإسلام (قوله أو أخرج) هذه وفاقية لوجود التباين والسبى (قوله وأدخل فى دارنا) أفاد أنه لايتحقق التباين بمجرد السبى بل لابد من الإحراز فى دارنا كما فى البدائع (قوله كالموتى) ولهذا لو التحق بهم المرتد يجرى عليه أحكام الموتى ط (قوله وإن سبيا) هذه خلافية والتى بعدها وفاقية لعدم السبى فيها (قوله أو ثم أسلما) عبارة البحر أو مستأمنين ثم أسلمه الخ فأو هنا عاطفة لحال محذوفة على الحال السابقة وهى قوله ذميين ، وثم عاطفة لأسلما على تلك الحال المحذوفة (قوله حتى لو كانت الخ) تفريع على اشتراط تباين الدارين حقيقة وحكما (قوله لم تبن) لأن الدار وإن اختلفت حقيقة لكنها متحدة حكما لأن فرض المسألة فيما إذا نكحها مسلم أو ذمى ثمة ثم سبيت ، ولا يمكن فرضها فيما لو نكحها هنا لأنه لايصح لأن تباين الدارين يمنع بقاء النكاح فيمنع ابتداءه بالأولى كما قاله الرحمتى ؛ ولو نكحها وهى هنا بأمان صارت ذمية ، لأن المرأة تبع لزوجها فى المقام كما فى الفتح من باب المستأمن فافهم (قوله ولو نكحها) أى المسلم أو الذمى (قوله بانت) لتباين الدارين حقيقة وحكما ط (قوله وإن خرجت قبله لا) أى لاتبين لأن الزوج من أهل دار الإسلام ، فإذا خرجت قبله صارت ذمية لاتمكن من العود لأنها تبع لزوجها فى المقام كما علمت فافهم (قوله وما فى الفتح الخ) قال فى النهر : وفى المحيط : مسلم تزوج حربية فى دار الحرب فخرج بها رجل إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين ، فلو خرجت بنفسها قبل زوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين، إذ لاتمكن من العود والزوج من أهل دار الإسلام فلا تباين .

(ومن هاجرت إلينا) مسلمة أو ذمية (حائلا بانت بلا عدة) فيحصل تزوجها ؛ أما الحامل فحتى تضع على الأظهر لا للعدة بل لشغل الرحم بحق الغير (وارتداد أحدهما) أى الزوجين (فسخ) فلا ينقص عددا (عاجل)

قال فى الفتح بعد نقله : يريد فى الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهرا حتى ملكها لتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما . أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأنها فى دار الحرب حكما وزوجها فى دار الإسلام قال فى الحواشى السعدية : وفى قوله وأما حكما الخ بحث اه ولعل وجهه مامر من أن معنى الحكم أن لايكون فى الدار التى دخلها على سبيل الرجوع بل على سبيل القرار ، وهى هنا كذلك إذ لاتمكن من الرجوع ، ثم راجعت المحيط الرضوى فإذا الذى فيه مسلم تزوج حربية كتابية فى دار الحرب فخرج عنها الزوج وحده بانت ؛ ولو خرجت المرأة قبل الزوج لم تبن ، وعلله بما مر وهذا لاغبار عليه . والظاهر أن ماوقع فى نسخة صاحب الفتح تحريف ، والصواب ماأسمعتك اه ح .

قلت : وما نقله فى النهر عن المحيط ذكر مثله فى كافى الحاكم الشهيد ، فالصواب فى المسألة الأولى التى نقلها فى الفتح عن المحيط أنها لاتبين لاختلاف الدار حقيقة لا حكما (قوله ومن هاجرت إلينا الخ) المهاجرة التاركة دار الحرب إلى دار الإسلام على عزم عدم العود ، وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية أو صارت كذلك بحر ، وهذه المسألة داخلة فيما قبلها ، لكن مامر فيما إذا خرج أحدهما مهاجرا وقعت الفرقة بينهما ، والمقصود من هذه أنه إذا كانت المهاجرة المرأة ووقعت الفرقة فلا عدة عليها عند أبى حنيفة سواء كانت حاملا أو حائلا فتتزوج للحال ، إلا الحامل فتتربص لاعلى وجه العدة بل ليرتفع المانع بالوضع . وعندهما عليها العدة فتح وبه يظهر أن تقييد المصنف بالحائل أى غير الحبلى لاوجه له ، بخلاف قول الكنز وتنكح المهاجرة الحائل بلا عدة فإنها للاحتراز عن الحامل كما علمت لكنه يوهم أن الحامل لها عدة كما توهمه ابن ملك وغيره وليس كذلك (قوله على الأظهر) مقابله رواية الحسن أنه يصح نكاحها قبل الوضع ، لكن لايقربها زوجها حتى تضع كالحبلى من الزنى ورجحها الأقطع ، لكن الأولى ظاهر الرواية نهر ، وصححها الشارحون وعليها الأكثر بحر (قوله لا للعدة) نفى لقولهما ولما توهمه ابن ملك وغيره (قوله بل لشغل الرحم بحق الغير) أفاد به الفرق بينهما وبين الحامل من الزنى فإن هذه حملها ثابت النسب فيؤثر فى منع العقد احتياطا لئلا يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطأ كما فى الفتح ، بخلاف الحامل من الزنى فإن ماء الزنى لاحرمة له وليس فيه حق الغير فلذا صح نكاحها فافهم (قوله فسخ) أى عند الإمام بخلاف الإباء عن الإسلام . وسوّى محمد بينهما بأن كلا منهما طلاق . وأبو يوسف بأن كلا منهما فسخ ، وفرق الإمام بأن الردة منافية للنكاح لمنافاتها العصمة ، والطلاق يستدعى قيام النكاح فتعذر جعلها طلاقا ، وتمامه فى النهر .

قال فى الفتح : ويقع طلاق زوج المرتدة عليها مادامت فى العدة ، لأن الحرمة بالردة غير متأبدة فإنها ترتفع بالإسلام فيقع طلاقه عليها فى العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر ، بخلاف حرمة المحرمية فإنها متأبدة لاغاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة اه . قلت : وهذا إذا لم تلحق بدار الحرب .

ففى الخانية قبيل الكنايات : المرتد إذا لحق بدار الحرب فطلق امرأته لايقع وإن عاد مسلما وهى فى العدة فطلقها يقع ؛ والمرتدة إذا لحقت فطلقها زوجها ثم عادت مسلمة قبل الحيض ، فعندهما يقع (قوله فلا ينقص عددا) فلو ارتد مرارا وجدد الإسلام فى كل مرة وجدد النكاح على قول أبى حنيفة تحل امرأته من غير إصابة

بلا قضاء (فللموطوءة) ولو حكما (كل مهرها) لتأكده به (ولغيرها نصفه) لو مسمى أو المتعة (لو ارتد) وعليه نفقة العدة (ولا شيء من المهر والنفقة سوى السكنى ، به يفتى (لو ارتدت) لمجيء الفرقة منها قبل تأكده ولو ماتت فى العدة ورثها زوجها المسلم استحسانا ، وصرحوا بتعزيرها خمسة وسبعين ، وتجبر على الإسلام وعلى تجديد النكاح زجرا لها بمهر يسير كدينار ، وعليه الفتوى ولوالجية . وأفتى مشايخ بلخ بعدم الفرقة بردتها زجرا وتيسيرا لاسيما التى تقع فى المكفر ثم تنكر . قال فى النهر : والإفتاء بهذا أولى من الإفتاء بما فى النوادر لكن قال المصنف : ومن تصفح أحوال نساء زماننا ومايقع منهن من موجبات الردة مكررا فى كل يوم لم يتوقف فى الإفتاء برواية النوادر .

زوج ثان بحر عن الخانية (قوله بلا قضاء) أى بلا توقف على قضاء القاضى ، وكذا بلا توقف على مضى عدة فى المدخول بها كما فى البحر (قوله ولو حكما) أراد به الخلوة الصحيحة ح (قوله كل مهرها) أطلقه فشمل ارتداده وارتدادها بحر (قوله لتأكده) أى تأكد تمام المهر به : أى بالوطء الحقيقى أو الحكمى (قوله أو المتعة) أى إن لم يكن مسمى (قوله لو ارتد) قيد فى قوله ولغيرها النصف الخ (قوله وعليه نفقة العدة) أى لو مدخولا بها إذ غيرها لاعدة عليها . وأفاد وجوب العدة سواء ارتد أو ارتدت بالحيض أو بالأشهر لوصغيرة أو آيسة أو بوضع الحمل كما فى البحر (قوله ولا شيء من المهر) أى فى غير المدخول بها لأنها محل التفصيل بقوله لو ارتد ، وقوله لو ارتدت (قوله والنفقة) قد علمت أن الكلام فى غير المدخول بها ، وهذه لانفقة لها لعدم العدة لالكون الردة منها ، لكن المدخول بها كذلك لانفقة لها لو ارتدت ، ولذا قال فى البحر : وحكم نفقة العدة كحكم المهر قبل الدخول ، فإن كان هو المرتد فلها نفقة العدة ، وإن ارتدت فلا نفقة لها (قوله سوى السكنى) فلا تسقط سكنى المدخول بها فى العدة لأنها حق الشرع ، بخلاف نفقة العدة ولذا صح الخلع على النفقة دون السكنى . والظاهر أن هذا مفروض فيما لو أسلمت وإلا فالمرتدة تحبس حتى تعود ، وسيأتى أن المحبوسة كالخارجة بلا إذنه لانفقة لها ولا سكنى (قوله لو ارتدت) أطلقه فشمل الحرة والأمة والصغيرة والكبيرة بحر (قوله قبل تأكده) أى المهر فإنه يتأكد بالموت أو الدخول ولو حكما (قوله ورثها زوجها استحسانا) هذا إذا ارتدت وهى مريضة ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب ، بخلاف ردتها فى الصحة ، وبخلاف مالو ارتد هو فإنها ترثه مطلقا إذا مات أولحق وهى فى العدة كما فى الخانية من فصل المعتدة التى ترث ، وسيذكره المصنف أيضا فى طلاق المريض . ووجهه أن ردته فى معنى مرض الموت ، لأنه إن لم يسلم يقتل فيكون فارا فترثه مطلقا ، أما المرأة فلا تقتل بالردة فلم تكن فارة إلا إذا كانت ردتها فى المرض (قوله وصرحوا بتعزيرها خمسة وسبعين) هو اختيار لقول أبى يوسف فإن نهاية تعزير الحر عنده خمسة وسبعون وعندهما تسعة وثلاثون . قال فى الحاوى القدسى : وبقول أبى يوسف نأخذ . قال فى البحر : فعلى هذا المعتمد فى نهاية التعزير قول أبى يوسف سواء كان فى تعزير المرتدة أولا (قوله وتجبر) أى بالحبس إلى أن تسلم أو تموت (قوله وعلى تجديد النكاح) فلكل قاض أن يجدده بمهر يسير ولو بدينار رضيت أم لا وتمنع من التزوج بغيره بعد إسلامها . ولا يخفى أن محله ما إذا طلب الزوج ذلك ، أمالو سكت أو تركه صريحا فإنها لاتجبر وتزوج من غيره لأنه ترك حقه بحر ونهر (قوله زجرا لها) عبارة البحر حسما لباب المعصية : والحيلة للخلاص منه اه ولا يلزم من هذا أن يكون الجبر على تجديد النكاح مقصورا على ما إذا ارتدت لأجل الخلاص منه ، بل قالوا ذلك سدا لهذا الباب من أصله سواء تعمدت الحيلة أم لا كى لاتجعل ذلك حيلة (قوله قال فى النهر الخ) عبارته : ولا يخفى أن الإفتاء بما اختاره بعض أئمة بلخ أولى من الإفتاء بما

قلت : وقد بسطت فى القنية والمجتبى والفتح والبحر . وحاصلها أنها بالردة تسترق وتكون فيئا للمسلمين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، ويشتريها الزوج من الإمام أو يصرفها إليه لو مصرفا .

ولو استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها وله بيعها مالم تكن ولدت منه فتكون كأم الولد . ونقل المصنف فى كتاب الغصب أن عمر رضى الله عنه هجم على نائحة فضربها بالدرة حتى سقط خمارها ، فقيل له : ياأمير المؤمنين قد سقط خمارها ، فقال إنها لاحرمة لها . ومن هنا قال الفقيه أبو بكر البلخى حين مر بنساء على شط نهر كاشفات الرؤوس والذراع ، فقيل له كيف تمر ؟ فقال ؛ لاحرمة لهن ، إنما الشك فى إيمانهن كأنهن حربيات (وبقى النكاح

فى النوادر ، ولقد شاهدنا من المشاق فى تجديدها فضلا عن جبره بالضرب ونحوه مالايعد ولا يحد . وقد كان بعض مشايخنا من علماء العجم ابتلى بامرأة تقع فيما يوجب الكفر كثيرا ثم تنكر وعن التجديد تأبى ، ومن القواعد : المشقة تجلب التيسير ، والله الميسر لكل عسير اهـ .

قلت : المشقة فى التجديد لاتقتضى أن يكون قول أئمة بلخ أولى مما فى النوادر ، بل أولى مما مر أن عليه الفتوى ، وهو قول البخاريين لأن مافى النوادر هو مايأتى من أنها بالردة تسترق تأمل (قوله وقد بسطت) أى رواية النوادر (قوله والفتح) فيه أنه لم يزد على قوله ولاتسترق المرتدة مادامت فى دار الإسلام فى ظاهر الرواية . وفى رواية النوادر عن أبى حنيفة تسترق اهـ ثم رأيت صاحب الفتح بسط ذلك فى باب المرتد (قوله وحاصلها الخ) قال فى القنية بعد مامر عن الفتح : ولوكان الزوج عالما استولى عليها بعد الردة تكون فيئا للمسلمين عند أبى حنيفة ثم يشتريها من الإمام أو يصرفها إليه إن كان مصرفا ، فلو أفتى مفت بهذه الرواية حسما لهذا الأمر لابأس به اهـ . قال فى البحر : وهكذا فى خزانة الفتاوى ، ونقل قوله فلو أفتى مفت الخ عن شمس الأئمة السرخسى اهـ .

قلت : ومقتضى قوله ثم يشتريها الخ أنه إن كان مصرفا لايملكها بمجرد الاستيلاء عليها وقوله تكون فيئا قال ط : ظاهره ولو أسلمت بعده لأن إسلام الرقيق لايخرجه عن الرق اهـ (قوله ولو استولى عليها الزوج) فيه اختصار مخل .

وعبارة القنية بعد ماتقدم قلت : وفى زماننا بعد فتنة التتر العامة صارت هذه الولايات التى غلبوا عليها وأجروا أحكامهم فيها كخوارزم وما وراء النهر وخراسان ونحوها صارت دار الحرب فى الظاهر ، فلو استولى عليها الزوج بعد الردة يملكها ولا يحتاج إلى شرائها من الإمام فيفتى بحكم الرق حسما لكيد الجهلة ومكر المكرة على ماأشار إليه فى السير الكبير اهـ فقوله يملكها الخ مبنى على ظاهر الرواية من أنها لاتسترق مادامت فى دار الإسلام ، ولا حاجة إلى الإفتاء برواية النوادر لما ذكره من صيرورة دارهم دار حرب فى زمانهم فيملكها بمجرد الاستيلاء عليها لأنها ليست فى دار الإسلام فافهم (قوله وله بيعها الخ) ذكره فى البحر بحثا أخذا من قول القنية يملكها واستشهد لقوله مالم تكن الخ بما فى الخانية لولحقت أم الولد بعد ارتدادها بدار الحرب ثم سبيت وملكها الزوج يعود كونها أم ولده وأمومية الولد تتكرر بتكرار الملك اهـ (قوله بالدرة) بالكسر : السوط والجمع درر مثل سدرة وسدر مصباح (قوله والذراع) أل للجنس والمناسب لما قبله الأذرع بالجمع ط (قوله فقال) تأكيد فقال الأول ط والداعى إليه طول الفاصل (قوله كأنهن حربيات) أى فهن فىء مملوكات والرأس والذراع ليس بعورة من الرقيق . ووجه الأخذ من قول عمر رضى الله تعالى عنه أنه إذا سقطت حرمة النائحة تسقط حرمة هؤلاء الكاشفات رؤوسهن فى ممر الأجانب لما ظهر له من حالهن أنهن مستخفات مستهينات وهذا سبب مسقط لحرمتهن فافهم .

إن ارتدا معا) بأن لم يعلم السبق فيجعل كالغرقى (ثم أسلما كذلك) استحسانا (وفسد إن أسلم أحدهما قبل الآخر) ولا مهر قبل الدخول لو المتأخر هى ، ولو هو فنصفه أو متعة .

(والولد يتبع خير الأبوين دينا) إن اتحدت الدار

ثم اعلم أنه إذا وصلن إلى حال الكفر وصرن مرتدات فحكمهن ما مر من أنهن لا يملكن ما دمن فى دار الإسلام على ظاهر الرواية . وأما مامر من أنه لا بأس من الإفتاء بما فى النوادر من جواز استرقاقهن فذا بالنسبة إلى ردة الزوجة للضرورة لامطلقا إذ لا ضرورة فى غير الزوجة إلى الإفتاء بالرواية الضعيفة ، ولا يلزم من سقوط الحرمة وجواز النظر إليهن جواز تملكهن فى دارنا ، لأن غايته أنهن صرن فيئا ولا يلزم من جواز النظر إليهن جواز الاستيلاء والتمتع بهن وطئا وغيره لأنه يجوز النظر إلى مملوكة الغير ولا يجوز وطؤها بلا عقد نكاح . وبهذا ظهر غلط من ينسب نفسه إلى العلم فى زماننا فى زعمه الباطل أن الزانيات اللاتى يظهرن فى الأسواق بلا احتشام يجوز وطؤهن بحكم الاستيلاء فإنه غلط قبيح يكاد أن يكون كفرا حيث يؤدى إلى استباحة الزنى ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

[فرع] فى البحر عن الخانية : غاب عن امرأته قبل الدخول بها فأخبره بردتها مخبر ولو مملوكا أو محدودا فى قذف وهو ثقة عنده أو غيره ثقة ، لكن أكبر رأيه أنه صادق له التزوج بأربع سواها وإن أخبرت بردة زوجها لها التزوج بآخر بعد العدة فى رواية الاستحسان . قال السرخسى وهى الأصح (قوله إن ارتدا معا) المسألة مقيدة بما إذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب ، فإن لحق بانت وكأنه استغنى عنه بما قدمه من أن تباين الدارين سبب الفرقة نهر (قوله بأن لم يعلم السبق) أما المعية الحقيقية فمتعذرة . وما فى البحر هى ما لو علم أنهما ارتدا بكلمة واحد ففيه بعد ظاهر ، نعم ارتدادهما معا بالفعل ممكن ، بأن حملا مصحفا وألقياه فى القاذورات أو سجدا للصنم معا نهر (قوله كالغرقى) فإنه إذا لم يعلم سبق أحدهم بالموت ينزلون منزلة من ماتوا معا ولا يرث أحد منهم الآخر فالتشبيه فى أن الجهل بالسبق كحالة المعية ط (قوله كذلك) أى معا بأن لم يعلم السبق (قوله وفسد الخ) لأن ردة أحدهما منافية للنكاح ابتداء فكذا بقاء نهر ، وهذا تصريح بمفهوم قوله ثم أسلما كذلك ، وسكت عن مفهوم قوله إن ارتدا معا لأنه تقدم فى قوله وارتداد أحدهما فسخ عاجل (قوله قبل الآخر) وكذا لو بقى أحدهما مرتدا بالأولى نهر (قوله قبل الدخول) أما بعده فلها المهر فى الوجهين ، لأن المهر يتقرر بالدخول دينا فى ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة فتح (قوله لو المتأخر هى) لمجىء الفرقة من قبلها بسبب تأخرها (قوله فنصفه) أى عند التسمية أو متعة عند عدمها .

مطلب الولد يتبع خير الأبوين دينا

(قوله والولد يتبع خير الأبوين دينا) هذا يتصور من الطرفين فى الإسلام العارض ، بأن كانا كافرين فأسلم أو أسلمت ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر ، والتفريق أو بعده فى مدة يثبت النسب فى مثلها أو كان بينهما ولد صغير قبل إسلام أحدهما فإنه بإسلام أحدهما يصير الولد مسلما . وأما فى الإسلام الأصلى فلا يتصور إلا أن تكون الأم كتابية والأب مسلما فتح ونهر .

[تنبيه] يشعر التعبير بالأبوين بإخراج ولد الزنى . ورأيت فى فتاوى الشهاب الشلبى قال : واقعة الفتون فى زماننا : مسلم زنى بنصرانية فأتت بولد فهل يكون مسلما ؟ أجاب بعض الشافعية بعدمه وبعضهم بإسلامه . وذكر

ولو حكما ، بأن كان الصغير فى دارنا والأب ثمة ، بخلاف العكس (والمجوسى ، ومثله) كوثنى

أن السبكى نص عليه وهو غير ظاهر ، فإن الشارع قطع نسب ولد الزنى وبنته من الزنى تحل له عندهم فكيف يكون مسلما . وأفتى قاضى القضاة الحنبلى بإسلامه أيضا ، وتوقفت عن الكتابة فإنه وإن كان مقطوع النسب عن أبيه حتى لا يرثه فقد صرحوا عندنا بأن بنته من الزنى لا تحل له ، وبأنه لا يدفع زكاته لابنه من الزنى ، ولا تقبل شهادته له والذى يقوى عندى أنه لا يحكم بإسلامه على مقتضى مذهبنا ، وإنما أثبتوا الأحكام المذكورة احتياطا نظرا لحقيقة الجزئية بينهما اه .

قلت : يظهر لى الحكم بالإسلام للحديث الصحيح « كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه أو ينصرانه » فإنهم قالوا إنه جعل اتفاقهما ناقلا له عن الفطرة ، فإذا لم يتفقا بقى على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إليها ، حتى لو كان أحدهما مجوسيا والآخر كتابيا فهو كتابى كما يأتى وهنا ليس له أبوان متفقان فيبقى على الفطرة ولأنهم قالوا إن إلحاقه بالمسلم منهما أو بالكتابى أنفع له ، ولا شك أن النظر لحقيقة الجزئية أنفع له . وأيضا حيث نظروا للجزئية فى تلك المسائل احتياطا فلينظر إليها هنا احتياطا أيضا ، فإن الاحتياط بالدين أولى ، ولأن الكفر أقبح القبيح فلا ينبغى الحكم به على شخص بدون أمر صريح ، ولأنهم قالوا فى حرمة بنته من الزنى إن الشرع قطع النسبة إلى الزانى لما فيها من إشاعة الفاحشة فلم يثبت النفقة والإرث لذلك ، وهذا لا ينفى النسبة الحقيقية ، لأن الحقائق لا مرد لها فمن ادعى أنه لابد من النسبة الشرعية فعليه البيان .

[تتمة] ذكر الاستروشنى فى سير أحكام الصغار أن الولد لا يصير مسلما بإسلام جده ولو أبوه ميتا ، وأن هذه من المسائل التى ليس فيها الجد كالأب ، لأنه لو كان تابعا له لكان تابعا لجد الجد وهكذا ، فيؤدى إلى أن يكون الناس مسلمين بإسلام آدم عليه السلام . وفيه أيضا الصغير تبع لأبويه أو أحدهما فى الدين ، فإن انعدما فلذى اليد ، فإن عدمت فللدار ، ويستوى فيما قلنا أن يكون عاقلا أو غير عاقل لأنه قبل البلوغ تبع لأبويه فى الدين ما لم يصف الإسلام اه . فأفاد أن التبعية لا تنقطع إلا بالبلوغ أو بالإسلام بنفسه ، وبه صرح فى البحر والمنح من باب الجنائز . وذكر أيضا المحقق ابن أمير حاج فى شرح التحرير عن شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام أنه لا فرق فى الصغير بين أن يعقل أو لا ، وأنه نص عليه فى الجامع الكبير وشرحه .

قلت : وفى شرح السير الكبير للإمام السرخسى قال بعد كلام ما نصه : وبهذا تبين خطأ من يقول من أصحابنا إن الذى يعبر عن نفسه لا يصير مسلما تبعا لأبويه ، فقد نص ههنا على أنه يصير مسلما اه . وذكر قبله أيضا أن التبعية تنقطع ببلوغه عاقلا اه أى فلو بلغ مجنونا تبقى التبعية ، فقد تبين لك أن ما فى القهستانى من أن المراد بالولد هنا الطفل الذى لا يعقل الإسلام خطأ كما سمعته من عبارة السرخسى وإن أفتى به الشهاب الشلبى لمخالفته لما نص عليه الإمام محمد فى الجامع الكبير والسير الكبير ، ولما صرح به فى هذه الكتب ، ولإطلاق المتون أيضا فافهم (قوله ولو حكما) أى سواء كان الاتحاد حقيقة أو حكما كأن يكون حيز الأبوين مع الولد فى دار الإسلام أو فى دار الحرب أو كان حكما فقط كما مثل به الشارح . واحترز عن اختلافهما حقيقة وحكما بأن كان الأب فى دارنا والصغيرة ثمة ، وإليه أشار بقوله بخلاف العكس اه ح . قلت : وما فى الفتح من جعله حكم العكس كما قبله قال فى البحر إنه سهو (قوله والمجوسى شر من الكتابى) قال فى النهر : أردف هذه الجملة لبيان أن أحد الأبوين لو كان كتابيا والآخر مجوسيا كان الولد كتابيا نظرا له فى الدنيا لاقترابه من المسلمين بالأحكام من حل الذبيحة والمناكحة ، وفى الآخرة من نقصان العقاب كذا فى الفتح ؛ يعنى أن الأصل بقاؤه بعد البلوغ على ما كان عليه ، وإلا فأطفال المشركين فى الجنة

وسائر أهل الشرك (شر من الكتابى) والنصرانى شر من اليهودى فى الدارين لأنه لاذبيحة له بل يخنق كمجوسى وفى الآخرة أشد عذابا . وفى جامع الفصولين : لوقال النصرانية خير من اليهودية أو المجوسية كفر لإثباته الخير لما قبح بالقطعى لكن ورد فى السنة أن المجوس أسعد حالة من المعتزلة لإثبات المجوس

وتوقف فيهم الإمام كما مر ولم يدخله فى حيز الجملة الأولى تحاميا عما وقع فى بعض العبارات من إطلاق الخير على الكتابى ، بل الشر ثابت فيه غير أن المجوسى شر اهـ . وعلى هذا فقوله والولد يتبع خير الأبوين دينا المراد به دين الإسلام فقط لئلا تتكرر الجملة الثانية ، فإنه ليس المراد منها مجرد بيان أن المجوسى شر من الكتابى إذ لادخل له فى بحثه ، بل المراد بيان لازمه المقصود هنا وهو تبعية الولد لأخفهما شرا فتحل مناكحته وذبيحته ، وإنما لم يكتف عنها بالجملة الأولى بأن يراد بالدين الأعم تحاميا عن إطلاق الخيرية على غير دين الإسلام فافهم (قوله وسائر أهل الشرك) ممن لادين له سماويا (قوله والنصرانى شر من اليهودى) كذا نقله فى البحر عن البزازية والخبازية . ونقل عن الخلاصة عكسه ، ثم قال : إنه يلزم على الأول كون الولد المتولد من يهودية ونصرانى أو عكسه تبعا لليهودى لا النصرانى اهـ أى وليس بالواقع نهر .

قلت : بل مقتضى كلام البحر أنه الواقع لأنه قال إن فائدته خفة العقوبة فى الآخرة وكذا فى الدنيا ، لما فى أضحية الولوالجية : يكره الأكل من طعام المجوسى والنصرانى لأن المجوسى يطبخ المنخنقة والموقوذة والمتردية والنصرانى لاذبيحة له وإنما يأكل ذبيحة المسلم أو يخنق ولابأس بطعام اليهودى لأنه لايأكل إلا من ذبيحة اليهودى أو المسلم اهـ . فعلم أن النصرانى شر من اليهودى فى أحكام الدنيا أيضا اهـ كلام البحر (قوله لأنه لاذبيحة له) أى لايذبح بدليل قوله بل يخنق ، وليس المراد أنه لوذبح لاتؤكل ذبيحته لمنافاته لما تقدم أول كتاب النكاح من حل ذبيحته ولو قال المسيح ابن الله ح (قوله أشد عذابا) لأن نزاع النصارى فى الإلهيات ونزاع اليهود فى النبوات وقوله تعالى - وقالت اليهود عزير ابن الله - كلام طائفة منهم قليلة كما صرح به فى التفسير ، وقوله تعالى - لتجدن أشد الناس عداوة - الآية لا يرد لأن البحث فى قوة الكفر وشدته لا فى قوة العداوة وضعفها اهـ بزازية (قوله كفر الخ) قال فى البحر : هذا يقتضى أنه لو قال الكتابى خير من المجوسى يكفر مع أن هذه العبارة وقعت فى المحيط وغيره ، إلا أن يقال بالفرق وهو الظاهر لأنه لاخيرية لإحدى الملتين أى اليهودية والنصرانية على الأخرى فى أحكام الدنيا والآخرة ، بخلاف الكتابى بالنسبة إلى المجوسى للفرقة بين أحكامهما فى الدنيا والآخرة اهـ .

قلت : وهذا كلام غير محرر . وأما أولا فلأنه مخالف لما حرره من أن النصرانى شر من اليهودى فى الدنيا والآخرة كما تقدم ؛ وأما ثانيا فلأن علة الإكفار هى إثبات الخير لما قبح قطعا لا لعدم خيرية إحدى الملتين على الأخرى لأنه لو كانت العلة هذه لم يلزم الإكفار ، وحينئذ فالقول بأن النصرانية خير من اليهودية مثل القول بأن الكتابى خير من المجوسى ، لأن فيه إثبات الخيرية له مع أنه لاخير فيه قطعا وإن كان أقل شرا ، فالظاهر عدم الفرق بين العبارتين ، وأن ما فى المحيط وغيره دليل على أنه لايكفر بذلك ، ولعل وجهه أن لفظ خير قد يراد به ما هو أقل ضررا كما يقال فى المثل : الرمد خير من العمى ، وكقول الشاعر * ولكن قتل الحر خير من الأسر * ثم رأيت فى آخر المصباح أن العلماء قد يقولون هذا أصح من هذا ومرادهم أنه أقل ضعفا ولا يريدون أنه صحيح فى نفسه اهـ وهذا عين ماقلته ، ولله الحمد حينئذ ، فالقول بالإكفار مبنى على إرادة ثبوت الخيرية سواء استعمل أفعل التفضيل على بابه أو أريد أصل الفعل كما فى - أى الفريقين خير - والقول بعدمه مبنى على ماقلنا ، والله أعلم (قوله لكن ورد فى السنة الخ) يوهم أن هذا حديث وليس كذلك . وعبارة البزازية والمذكور فى كتب أهل السنة الخ . ووجه

خالقين فقط وهؤلاء خالقا لاعدد له بزازية ونهر (ولو تمجس أبو صغيرة نصرانية تحت مسلم) بانت بلا مهر ولو كان (قدماتت الأم نصرانية) مثلا وكذا عكسه (لم تبن) لتناهى التبعية بموت أحدهما ذميا أو مسلما أو مرتدا فلم تبطل بكفر الآخر :

وفى المحيط : لو ارتدا لم تبن مالم يلحقا ، ولو بلغت عاقلة مسلمة ثم جنت فارتدا

الاستدراك أن تعبير علماء أهل السنة والجماعة بذلك دليل على جواز القول بأن النصرانية خير من اليهودية وبأن الكتابى خير من المجوسى ، لأن فيه إثبات أسعدية المجوس وخيريتهم على المعتزلة . قال فى البزازية : أجيب عنه بأن المنهى عنه هو كونهم خيرا من كذا مطلقا لا كونهم أسعد حالا بمعنى أقل مكابرة وأدنى إثباتا للشرك ، إذ يجوز أن يقال كفر بعضهم أخف من بعض وعذاب بعض أدنى من بعض وأهون ، أو الحال بمعنى الوصف كذا قيل ولايتم اه أى لايتم هذا الجواب لأنه إذا صح تأويل هذا بما ذكر صح تأويل ذاك بمثله ، وكون أسعد مسندا إلى الحال لأنه فاعل معنى أو كون الحال بمعنى الوصف لايفيد . قال فى النهر : لكن مقتضى مامر عن جامع الفصولين القول بالكفر فى الصورتين ، وهو الموافق للتعليل الأول ،وكأنه الذى عليه المعول اه . وفيه أن مامر عن الفصولين مع تعليله هو محل النزاع ، فالتحرير أن فى المسألة قولين وأن الذى عليه المعوّل الجواز لما سمعت من وقوعه فى كلامهم (قوله خالقين) هما النور المسمى يزدان والظلمة المسماة أهرمن ح (قوله خالقا لاعدد له) أى حيث قالوا إن الحيوان يخلق أفعاله الاختيارية ح .

قلت : وتكفير أهل الأهواء فيه كلام ، والمعتمد خلافه كما سيأتى بسطه إن شاء الله تعالى فى البغاة (قوله بانت) أى إن تمجست الأم أيضا ، ولا حاجة إلى هذه الزيادة مع هذا الإيهام ، والأحسن إبقاء المتن على حاله . وأظن أن الشارح زاد ألفا فى قول المتن أبو صغيرة فصار أبوا بلفظ التثنية فأسقطها النساخ ، فلتراجع النسخ .

وذكر ط عن الهندية أن مثل الصغيرة ما إذا بلغت معتوهة لبقائها تابعة للأبوين فى الدين لأنه ليس للمعتوهة إسلام بنفسها حقيقة فكانت بمنزلة الصغيرة من هذا الوجه (قوله بلا مهر) أى إن لم يدخل بها ح (قوله مثلا) راجع إلى قوله ماتت : أى إن الموت غير قيد ،أو إلى قوله نصرانية أى أو يهودية (قوله وكذا عكسه) بأن تمجست أمها بعد أن مات أبوها نصرانيا ح (قوله لتناهى التبعية) أى انتهاء تبعية الولد للأبوين(قوله بموت أحدهما ذميا الخ) أى إذا مات أحد الكتابيين ذميا أو مسلما ثم تمجس الباقى منهما لا يتبعه الولد ، وكذا لو مات أحدهما مرتدا ، لأن حكم المرتد الجبر على الإسلام فله حكم المسلم ،حتى إن كسب إسلامه يرثه وارثه المسلم فهو أقرب إلى الإسلام من الكتابى وغيره . قال فى البحر : ولو مات أحد الأبوين فى دارنا مسلما أو مرتدا ثم ارتد الآخر ولحق بها ثم بدار الحرب لم تبن ويصلى عليها إذا ماتت ، لأن التبعية حكم تناهى بالموت مسلما وكذا بالموت مرتدا لأن أحكام الإسلام قائمة (قوله فلم تبطل) أى التبعية بكفر الآخر . قال ط : والأولى أن يقول بتمجس الآخر لأنه كان أولا كافرا غاية الأمر أنه انتقل إلى حالة من الكفر شر من التى كان عليها . بقى أن يقال : إن التبعية إنما تناهت وانقطعت عمن بقى من الوالدين بتمجسه لابموت أحدهما ،لأنه لو أسلم من بقى تبعته ابنته اه والجواب أن المراد انقطاع التبعية عن الباقى منهما إذا انتقل إلى حالة دون التى كان عليها ، لما تقرر أن الولد إنما يتبع خير الأبوين دينا أو أخفهما شرا ، فالمراد بالتبعية المتناهية هذه فافهم (قوله لم تبن) لأن البنت مسلمة تبعا لهما وتبعا للدار بحر (قوله مالم يلحقا) أى بالبنت ؛ فإن لحقا بها بدار الحرب بانت لانقطاع حكم الدار بحر أى بانت من زوجها لتباين الدارين ولأنها صارت مرتدة تبعا لهما قال فى شرح تلخيص الجامع الكبير : وهذا بخلاف ما إذا كانت الصغيرة تعقل

لم تبن مطلقا :

مسلم تحته نصرانية فتمجسا أو تنصرا بانت :

(ولا) يصلح (أن ينكح مرتد أو مرتدة أحدا) من الناس مطلقا .

(أسلم) الكافر (وتحته خمس نسوة فصاعدا أو أختان أو أم وبنتها بطل نكاحهن إن تزوجهن بعقد واحد ، فإن رتب فالآخر) باطل . وخيره محمد والشافعي عملا بحديث فيروز .

وتعبر عن نفسها حيث لاتبين وإن لحقا بها ، إلا إذا ارتدت بنفسها فحينئذ تبين عندهما خلافا لأبي يوسف اه فتأمله مع ماقدمنا من أن التبعية لاتنقطع قبل البلوغ ، وقيدنا بلحاقهما بالبنت لأنه إذا لحقا وتركاها فإنها لاتبين كما قدمناه عن شرح التحرير . قال فى النهر : فى الفرق بين مالو تمجسا أو ارتدا تأمل فتدبر اه .

قلت : الفرق ظاهر : وهو أن البنت بارتداد أبويها المسلمين تبقى مسلمة تبعا لهما وللدار ، لأن المرتد مسلم حكما لجبره على الإسلام ، فلذا لم تبن من زوجها مالم يلحقا بها للتباين وانقطاع ولاية الجبر ، بخلاف تمجس أبويها النصرانيين لأنها تتبعهما فى التمجس لعدم جبرهما على العود إلى النصرانية فصار كارتداد المسلمين مع لحاقهما ، ولايمكن تبعيتها للدار مع بقاء تبعية الأبوين فلذا بانت من زوجها فتدبر (قوله لم تبن مطلقا) أى سواء لحقا بها أو لا ، لأنها مسلمة أصالة لا تبعا ، وكذلك الصبية العاقلة أسلمت ثم جنت لأنها صارت أصلا فى الإسلام بحر عن المحيط (قوله فتمجسا) أى المسلم وزوجته النصرانية معا ، وقوله أو تنصرا صوابه أو تهودا لأن موضوع المسألة أن الزوجة نصرانية . قال فى النهر : قيد بالردة لأن المسلم لو كان تحته نصرانية فتهود وقعت الفرقة بينهما اتفاقا :

واختلف الشيخان فيما لو تمجسا . قال أبو يوسف تقع . وقال محمد لاتقع . لأبى يوسف أن الزوج لايقر على ذلك والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده . وفرق محمد بأن المجوسية لاتحل للمسلم فأحدثها كالارتداد اه أى فكأنهما ارتدا معا . ثم الذى فى البحر عن المحيط تأخير تعليل أبى يوسف وظاهره اعتماده ، وهو ظاهر قوله فى الفتح أيضا تقع الفرقة عند أبى يوسف خلافا لمحمد فلذا جزم به الشارح (قوله مطلقا) أى مسلما أو كافرا أو مرتدا وهو تأكيد لما فهم من النكرة فى النفى ح (قوله [وخيره محمد) أى خير محمد هذا الذى أسلم فى اختيار الأربع مطلقا أى أربع نسوة أى أربع كانت ، وخيره أيضا فى اختيار أى الأختين شاء والبنت أى يختار البنت فى هذه الصورة لا الأم أو يتركهما جميعا ، لأنه روى « أن غيلان الديلمى(١) أسلم وتحته عشر نسوة أسلمن معه ، فخيره النبى صلى الله عليه وسلم فاختار أربعا منهن ، وكذا فيروز الديلمى أسلم وتحته أختان فخيره فاختار إحداهما » وإنما يختار البنت لأن نكاحها أمنع فى نكاح الأم من نكاح الأم لها .

ولهما أن هذه الأنكحة فاسدة ، لكن لانتعرض لهم لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون ، فإذا أسلموا يجب التعرض وتخيير غيلان وفيروز كان فى التزوج بعد الفرقة ح عن المنح . وقوله فى التزوج بعد الفرقة : أى التزوج بعقد جديد وماذكره فى نكاح البنت إنما هو إذا لم يدخل بواحدة منهما ؛ فإن دخل بإحداهما ثم تزوج الثانية فنكاحها باطل لأن الدخول محرم سواء كان بالأم أو البنت ، وإن دخل بالثانية فقط ، فإن كانت الأم بطل نكاحهما جميعا اتفاقا لأن نكاح البنت يحرم الأم ، والدخول بالأم يحرم البنت وإن كانت البنت فكذلك عندهما لا أن له تزوج البنت دون الأم . وعند محمد : نكاح البنت هو الجائز قد دخل بها وهى امرأته ، ونكاح الأم باطل كذا فى البدائع

---

(١) (قوله غيلان الديلمى) كذا فى الأصل المقابل على خط المؤلف. والذى فى منتقى الأخبار : غيلان الثقفى ، وفيه عزو الحديث لأحمد وابن ماجه والترمذى اه مصححه .

قلنا : كان تخييره فى التزوج بعد الفرقة بلغت المسلمة المنكوحة ولم تصف الإسلام بانت ولا مهر قبل الدخول وينبغى أن يذكر الله تعالى بجميع صفاته عندها وتقر بذلك ، وتمامه فى الكافى .

باب القسم

بفتح القاف : القسمة ، وبالكسر : النصيب .

(يجب) وظاهر الآية أنه فرض نهر (أن يعدل) أى أن لا يجور (فيه) أى فى القسم

(قوله بلغت المسلمة) سماها مسلمة باعتبار ما كان لها قبل البلوغ من الحكم بالإسلام تبعا للأبوين ، ولذا قيل سماها محمد مرتدة ، وقوله بانت أى من زوجها لأنها لم يبق لها دين الأبوين لزوال التبعية بالبلوغ ، وليس لها دين نفسها فكانت كافرة لا ملة لها ، كذا فى شرح التلخيص (قوله وتمامه فى الكافى) حيث قال : مسلم تزوج صغيرة نصرانية ولها أبوان نصرانيان فكبرت وهى لاتعقل دينا من الأديان ولا تصفه وهى غير معتوهة فإنها تبين من زوجها وكذلك الصغيرة المسلمة إذا بلغت عاقلة وهى لاتعقل الإسلام ولا تصفه وهى غير معتوهة بانت من زوجها ، كذا فى المحيط . ولا مهر لها قبل الدخول وبعده يجب المسمى ، ويجب أن يذكر الله تعالى بجميع صفاته عندها ويقال لها أهو كذلك ، فإن قالت نعم حكم بإسلامها ، وإن قالت أعرفه وأقدر على وصفه ولا أصفه بانت ؛ ولو قالت لا أقدر على وصفه اختلف فيه ، ولو عقلت الإسلام ولم تصفه لم تبن ، وإن وصفت المجوسية بانت عندهما خلافا لأبى يوسف ، وهى مسألة ارتداد الصبى اهـ ط . وقوله ولو عقلت الإسلام أى قبل البلوغ محترز قوله بلغت ، وإنما لم تبن لأنها مسلمة تبعا لأبويها قبل البلوغ كما فى شرح التلخيص ، وبه استدل على نفى وجوب أداء الإيمان على الصبى ، وتمامه فى أول الفصل الثانى من شرح التحرير .

وفى سير أحكام الصغار أن قوله يعقل الإسلام يعنى صفة الإسلام يدل على أن من قال « لا إله إلا الله » لا يكون مسلما حتى يعلم صفة الإيمان ، وكذلك إذا اشترى جارية واستوصفها الإسلام فلم تعلم لاتكون مؤمنة . وصفة الإيمان ماذكره فى حديث جبريل عليه السلام « أن تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، والبعث بعد الموت ، والقدر خيره وشره من الله تعالى » اهـ وقدمنا فى الجنائز مثله عن الفتح ، والله أعلم .

باب القسم

(قوله القسمة) فى المغرب : القسم بالفتح مصدر قسم القسام المال بين الشركاء : فرقه بينهم وعين أنصباءهم ومنه القسم بين النساء اهـ أى لأنه يقسم بينهن البيتوتة ونحوها . وفى المصباح : قسمته قسما من باب ضرب والاسم القسم بالكسر ، ثم أطلق على الحصة والنصيب فيقال هذا قسمى والجمع أقسام مثل حمل وأحمال : واقتسموا المال بينهم والاسم القسمة ، وأطلقت على النصيب أيضا وجمعها قسم مثل سدرة وسدر : ويجب القسم بين النساء اهـ . فعلم أن القسم هنا مصدر على أصله ، ويصح أن يراد به القسمة أى الاقتسام أو النصيب تأمل (قوله وظاهر الآية أنه فرض) فإن قوله تعالى — فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة — أمر بالاقتصار على الواحدة عند خوف الجور ، فيحتمل أنه للوجوب ، فيعلم إيجاب العدل عند تعددهن كما قاله فى الفتح أو للندب ، ويعلم إيجاب العدل من حيث إنه إنما يخاف على ترك الواجب كما فى البدائع ؛ وعلى كل فقد دلت الآية على إيجابه تأمل (قوله أى أن لا يجوز) أشار به إلى التخلص عما اعترض به على الهداية حيث قال : وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما فإنه يفهم أنه لا يجب بين الحرة والأمة . وأجاب فى الفتح بأن معنى العدل هنا التسوية لاضد الجور ، فإذا كانتا

بالتسوية فى البيتوتة (وفى الملبوس والمأكول) والصحبة (لا فى المجامعة) كالمحبة بل يستحب . ويسقط حقها بمرة ويجب ديانة أحيانا

حرتين أو أمتين فعليه التسوية بينهما وإن كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما : أى لا يسوّى بل يعدل بمعنى لايجور ، وهو أن يقسم للحرة ضعف الأمة فالإيهام نشأ من اشتراك اللفظ اه ولكن لما لم يقيد المصنف هنا بحرة ولا غيرها ناسب أن يفسر كلامه بعدم الجور : أى عدم الميل عن الواجب عليه من تسوية وضدها ، فيشمل التسوية بين الحرتين أو الأمتين وعدمها بين الحرة والأمة ، وكذا فى النفقة لعدم لزوم التسوية فيها مطلقة كما يأتى (قوله بالتسوية فى البيتوتة) الأولى حذف قوله بالتسوية لأنها لاتجب بين الحرة والأمة كما علمت بل يجب عدمها .

وقد يجاب بأن المراد التسوية إثباتا أو نفيا : أى يجب أن لايجور بإثباتها بين الحرة والأمة وبنفيها بين الحرتين وبين الأمتين ، ولم يذكر الإقامة فى النهار لأنها تجب فى الجملة بلا تقدير كما سيأتى (قوله وفى الملبوس والمأكول) أى والسكنى ؛ ولو عبر بالنفقة لشمل الكل . ثم إن هذا معطوف على قوله فيه ، وضميره للقسم المراد به البيتوتة فقط بقرينة العطف وقد علمت أن العدل فى كلامه بمعنى عدم الجور لا بمعنى التسوية فإنها لاتلزم فى النفقة مطلقا .

قال فى البحر : قال فى البدائع : يجب عليه التسوية بين الحرتين والأمتين فى المأكول والمشروب والملبوس والسكنى والبيتوتة ، وهكذا ذكر الولوالجى .

والحق أنه على قول من اعتبر حال الرجل وحده فى النفقة . وأما على القول المفتى به من اعتبار حالها فلا فإن إحداهما قد تكون غنية والأخرى فقيرة ، فلا يلزم التسوية بينهما مطلقا فى النفقة اه . وبه ظهر أنه لاحاجة إلى ماذكره المصنف فى المنح من جعله مافى المتن مبنيا على اعتبار حاله (قوله والصحبة) كان المناسب ذكره عقب قوله فى البيتوتة لأن الصحبة أى المعاشرة والمؤانسة ثمرة البيتوتة .

ففى الخانية : ومما يجب على الأزواج للنساء : العدل والتسوية بينهن فيما يملكه ، والبيتوتة عندهما للصحبة ، والمؤانسة لا فيما لايملكه وهو الحب والجماع (قوله لافى المجامعة) لأنها تبتنى على النشاط ، ولا خلاف فيه .

قال بعض أهل العلم : إن تركه لعدم الداعية والانتشار عذر ، وإن تركه مع الداعية إليه لكن داعيته إلى الضرة أقوى فهو مما يدخل تحت قدرته فتح وكأنه مذهب الغير ، ولذا لم يذكره فى البحر والنهر تأمل (قوله بل يستحب) أى ماذكر من المجامعة ح .

أما المحبة فهى ميل القلب وهو لا يملك . قال فى الفتح : والمستحب أن يسوّى بينهن فى جميع الاستمتاعات من الوطء والقبلة ، وكذا بين الجوارى وأمهات الأولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنى والميل إلى الفاحشة ، ولايجب شىء لأنه تعالى قال — فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أوماملكت أيمانكم — فأفاد أن العدل بينهن ليس واجبا (قوله ويسقط حقها بمرة) قال فى الفتح : واعلم أن ترك جماعها مطلقا لايحل له ، صرح أصحابنا بأن جماعها أحيانا واجب ديانة ، لكن لايدخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطأة الأولى ولم يقدروا فيه مدة . ويجب أن لايبلغ به مدة الايلاء إلا برضاها وطيب نفسها به اه . قال فى النهر : فى هذا الكلام تصريح بأن الجماع بعد المرة حقه لاحقها اه .

قلت : فيه نظر بل هو حقه وحقها أيضاً ، لما علمت من أنه واجب ديانة .

قال فى البحر : وحيث علم أن الوطء لايدخل تحت القسم فهل هو واجب للزوجة .

وفى البدائع : لها أن تطالبه بالوطء لأن حله لها حقها ، كما أن حلها له حقه ، وإذا طالبته يجب عليه ويجبر عليه فى الحكم مرة والزيادة تجب ديانة لافى الحكم عند بعض أصحابنا وعند بعضهم تجب عليه فى الحكم اه .

ولا يبلغ مدة الإيلاء إلا برضاها ، ويؤمر المتعبد بصحبتها أحيانا ، وقدره الطحاوى بيوم وليلة من كل أربع لحرة وسبع لأمة .

ولو تضررت من كثرة جماعه لم تجز الزيادة على قدر طاقتها ، والرأى فى تعيين المقدار للقاضى بما يظن طاقتها نهر بحثا

وبه علم أنه كان على الشارح أن يقول ويسقط حقها بمرة فى القضاء أى لأنه لولم يصبها مرة يؤجله القاضى سنة ثم يفسخ العقد . أما لو أصابها مرة واحدة لم يتعرض له لأنه علم أنه غير عنين وقت العقد ، بل يأمره بالزيادة أحيانا لوجوبها عليه إلا لعذر ومرض أو عنة عارضة أو نحو ذلك ، وسيأتى فى باب الظهار أن على القاضى إلزام المظاهر بالتكفير دفعا للضرر عنها بحبس أو ضرب إلى أن يكفر أو يطلق ، وهـــذا ربما يؤيد القول المار بأنه تجب الزيادة عليه فى الحكم فتأمل (قوله ولا يبلغ مدة الإيلاء) تقدم عن الفتح التعبير بقوله ويجب أن لا يبلغ الخ. وظاهره أنه منقول ، لكن ذكر قبله فى مقدار الدور أنه لاينبغى أن يطلق له مقدار مدة الإيلاء وهو أربعة أشهر ، فهذا بحث منه كما سيذكره الشارح ، فالظاهر أن ماهنا مبنى على هذا البحث تأمل ، ثم قوله وهو أربعة أشهر يفيد أن المراد إيلاء الحرة ، ويؤيد ذلك أن عمر رضى الله تعالى عنه لما سمع فى الليل امرأة تقول :

فوالله لولا الله تخشى عواقبه لزحزح من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها فإذا زوجها فى الجهاد ، فسأل بنته حفصة : كم تصبر المرأة عن الرجل : فقالت أربعة أشهر ، فأمر أمراء الأجناد أن لايتخلف المتزوج عن أهله أكثر منها ، ولو لم يكن في هذه المدة زيادة مضارة بها لما شرع الله تعالى الفراق بالإيلاء فيها (قوله ويؤمر المتعبد الخ) فى الفتح : فأما إذا لم يكن له إلا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة أو السرارى اختار الطحاوى رواية الحسن عن أبى حنيفة أن لها يوما وليلة من كل أربع ليال وباقيها له ، لأن له أن يسقط حقها فى الثلاث بتزوج ثلاث حرائر ، وإن كانت الزوجة أمة فلها يوم وليلة فى كل سبع . وظاهر المذهب أن لايتعين مقدار لأن القسم معنى نسبى وإيجابه طلب إيجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره ، بل يؤمر أن يبيت معها ويصحبها أحيانا من غير توقيت اهـ .

ونقل فى النهر عن البدائع أن مارواه الحسن هو قول الإمام أولا ثم رجع عنه وأنه ليس بشىء (قوله وسبع لأمة) لأن له أن يتزوج عليها ثلاث حرائر فيقسم لهن ستة أيام ولها يوم (قوله نهر بحثا) حيث قال : ومقتضى النظر أنه لايجوز له أن يزيد على قدر طاقتها ، أما تعيين المقدار فلم أقف عليه لأئمتنا ، نعم فى كتب المالكية خلاف فقيل يقضى عليهما بأربع فى الليل وأربع فى النهار ، وقيل بأربع فيهما . وعن أنس بن مالك عشر مرات فيهما . وفى دقائق ابن فرحون باثنى عشر مرة . وعندى أن الرأى فيه للقاضى فيقضى بما يغلب على ظنه أنها تطيقه اهـ .

قال الحموى عقبه : وأقول ينبغى أن يسألها القاضى عما تطيق ويكون القول لها بيمينها لأنه لايعلم إلا منها وهذا طبق القواعد ، وأما كونه منوطا بظن القاضى فهو إن لم يكن صحيحا فبعيد .

هذا ، وقد صرح ابن مجد أن فى تأسيس النظائر وغيره أنه إذا لم يوجد نص فى حكم من كتب أصحابنا يرجع إلى مذهب مالك .

وأقول : لم أر حكم مالو تضررت من عظم آلته بغلظ أو طول وهى واقعة الفتوى اهـ .

أقول : مانقله عن ابن مجد غير مشهور ، ولم أر من ذكره غيره ، نعم ذكر فى الدور المنتقى فى باب الرجعة عن القهستانى عن ديباجة المصفى أن بعض أصحابنا مال إلى أقواله ضرورة .

(بلا فرق بين فحل وخصى وعنين ومجبوب ومريض وصحيح) وصبى دخل بامرأته وبالغ لم يدخل بحر بحثا ، وأقره المصنف ، ومريضة وصحيحة (وحائض وذات نفاس

هذا ، وقد صرحوا عندنا بأن الزوجة إذا كانت صغيرة لا تطيق الوطء لا تسلم إلى الزوج حتى تطيقه . والصحيح أنه غير مقدر بالسن بل يفوض إلى القاضى بالنظر إليها من سمن أو هزال . وقدمنا عن التاترخانية أن البالغة إذا كانت لاتحتمل لايؤمر بدفعها إلى الزوج أيضا ، فقوله لا تحتمل يشمل مالو كان لضعفها أو هزالها أو لكبر آلته .

وفى الأشباه من أحكام غيبوبة الحشفة فيما يحرم على الزوج وطء زوجته مع بقاء النكاح . قال : وفيما إذا كانت لا تحتمله لصغر أو مرض أو سمنة اه . وربما يفهم من سمنه عظم آلته . وحرر الشرنبلالى فى شرحه على الوهبانية أنه لو جامع زوجته فماتت أو صارت مفضاة ، فإن كانت صغيرة أو مكرهة أولا تطيق تلزمه الدية اتفاقا .

فعلم من هذا كله أنه لا يحل له وطؤها بما يؤدى إلى إضرارها فيقتصر على ما تطيق منه عددا بنظر القاضى أو إخبار النساء ، وإن لم يعلم بذلك فبقولها وكذا فى غلظ الآلة ، ويؤمر فى طولها بإدخال قدر ماتطيقه منها أوبقدر آلة رجل معتدل الخلقة ، والله تعالى أعلم (قوله بلا فرق الخ) لأنه حيث علم أن وجوب القسم إنما هو للصحبة والمؤانسة دون المجامعة فلا فرق بين زوج وزوج بحر (قوله ومريض) قال فى البحر : ولم أر كيفية قسمه فى مرضه حيث كان لايقدر على التحول إلى بيت الأخرى والظاهر أن المراد أنه إذا صح ذهب عند الأخرى بقدر ما أقام عند الأولى مريضا اه .

ولا يخفى أنه إذا كان الاختيار فى مقدار الدور إليه حال صحته ففى مرضه أولى ، فإذا مكث عند الأولى مدة أقام عند الثانية بقدرها نهر .

قلت : وهذا إذا أراد أن يجعل مدة إقامته دورا حتى لاينافى مايأتى من أنه لو أقام عند إحداهما شهرا هدر مامضى (قوله وصبى دخل بامرأته) الذى فى البحر وغيره بامرأتيه بالتثنية . قال فى البحر : لأن وجوبه لحق النساء ، وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب . وفى الفتح : وقال مالك : ويدور ولى الصبى به على نسائه ، وظاهره أنه لم يطلع على شيء عندنا ، وينبغى أن يأثم الولى إذا لم يأمره بذلك ولم يدر به اه . قال الخير الرملى : وقيد فى الخانية الصبى بالمراهق فلا قسم على غيره ، وليس بقيد بل المميز الممكن وطؤه كذلك اه (قوله وبالغ لم يدخل) ومثله مالودخل بالأولى ح (قوله بحر بحثا) راجع إلى قوله وبالغ لم يدخل . قال فى البحر : وفى المحيط وإن لم يدخل الصغير بها فلا فائدة فى كونه معها اه . وظاهره أن القسم على البالغ لغير المدخول بها لأن فى كونه معها فائدة ولذا إنما قيدوا بالدخول فى امرأة الصبى اه .

قلت : يظهر لى أن دخول الصبى غير قيد ، وإنما المراد به الذى بلغ سن الدخول وحصول الصحبة والاستئناس به ولذا لم يقيد فى الخانية بالدخول ، بل قال والمراهق والبالغ فى القسم سواء ، فقوله فى المحيط وإن لم يدخل أى لم يبلغ هذا السن بقرينة قوله فلا فائدة فى كونه معها إذ لاشك أن لها فائدة فى كون المراهق معها من الاستئناس به والعشرة معه زيادة على ما إذا كانت وحدها . وحينئذ فلا فرق بين المراهق والبالغ فى وجوب القسم كما هو صريح عبارة الخانية ، وهو شامل لما بعد الدخول وقبله ، لأن سبب وجوبه عقد النكاح كما فى البدائع ، فإذا وجب عليه نفقتها قبل الدخول وجب عليه القسم فى البيتوتة معها مالم ترض بالإقامة فى بيت أهلها لإصلاح شأنها وإلا فهو ظالم لها

ومجنونة لا تخاف ورتقاء وقرناء) وصغيرة يمكن وطؤها ومحرمة ومظاهر ومولى منها ومقابلاتهن ، وكذا مطلقة رجعية إن قصد رجعتها وإلا لا بحر .

(ولو أقام عند واحدة شهرا فى غير سفر ثم خاصمته الأخرى) فى ذلك (يؤمر بالعدل بينهما فى المستقبل وهدر مامضى وإن أثم به) لأن القسمة تكون بعد الطلب (وإن عاد إلى الجور بعد نهى القاضى إياه عزر) بغير حبس جوهرة لتفويته الحق ، وهذا إذا لم يقل إنما فعلت ذلك ، لأن خيار الدور إلى ،

(قوله ومجنونة لا تخاف) بضم التاء : أى لايخاف منها الزوج ، بأن كانت لا تضرب ولا تؤذى لأنها حينئذ تجب عليه نفقتها وسكناها ، وإلا فهى فى حكم الناشزة (قوله يمكن وطؤها) عبر عنها فى الخانية وغيرها بالمراهقة . قال الخير الرملى فى حاشية المنح : بخلاف مالايمكن وطؤها فإنه لاحق لها ، فاعلم ذلك ولا تغتر بمافى كثير من نسخ المنح لايمكن وطؤها فإنه خطأ اهـ (قوله ومحرمة) أى بحج أوعمرة أو بهما (قوله ومظاهر) بفتح الهاء ، وقوله ومولى بضم الميم وسكون الواو وفتح اللام منونة من الإيلاء ، وقوله منها تنازعه كل من مظاهر ومولى ح (قوله ومقابلاتهن) أى مقابل ماذكر من قوله وحائض الخ ط (قوله رجعية) منصوب على أنه صفة لمفعول مطلق محذوف : أى وكذا مطلقة طلقة رجعية ح .

[تنبيه] قال فى النهر : ولم أر حكم المنكوحة إذا وطئت بشبهة وهى فى العدة ، والمحبوسة بدين لاقدرة لها على وفائه والناشزة ، والمسطور فى كتب الشافعية أنه لاقسم لها فى الكل . وعندى أنه يجب للموطوءة بشبهة أخذا من قولهم إنه لمجرد الإيناس ودفع الوحشة ، وفى المحبوسة تردد . وأما الناشزة فلاينبغى التردد فى سقوطه لها لأنها بخروجها رضيت بإسقاط حقها اهـ .

واعترضه الحموى بأن الموطوءة بشبهة لانفقة لها عليه فى هذه العدة ، ومعلوم أن القسم عبارة عن التسوية فى البيتوتة والنفقة والسكنى اهـ . زاد بعض الفضلاء أنه يخاف من القسم لها الوقوع فى الحرام ، لأنها معتدة للغير ويحرم عليه مسها وتقبيلها فلا يجب لها ، وكذا المحبوسة لأن فى وجوبه عليه ضررا به بدخوله الحبس (قوله ولو أقام عند واحدة شهرا) أى قبل الخصومة أو بعدها خانية (قوله فى غير سفر) أما إذا سافر بإحداهما ليس للأخرى أن تطلب منه أن يسكن عندها مثل التى سافر بها ط عن الهندية (قوله وهدر مامضى) فليس لها أن تطلب أن يقيم عندها مثل ذلك ط عن الهندية .

والذى يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء إذا طلبت لأنه حق آدمى وله قدرة على إيفائه فتح . وأجاب فى النهر بما ذكره الشارح من التعليل . قال الرحمتى : ولأنه لايزيد على النفقة وهى تسقط بالمضى (قوله لأن القسمة تكون بعد الطلب) علة لقوله هدر مامضى ، وقدمنا عن البدائع أن سبب وجوب القسم عقد النكاح ولهذا يأثم بتركه قبل الطلب وهذا يؤيد بحث الفتح .

وقد يجاب بأن المعنى أن الإجبار على القسمة من القاضى يكون بعد الطلب وإلا لزم أنها لو طالبته بها ثم جار يلزمه القضاء ، وهو مخالف لما قدمناه عن الخانية من قوله قبل الخصومة أو بعدها ، وكذا تعليل المسألة فى البزازية وغيرها بأن القسم لايصير دينا فى الذمة فإنه يشمل مابعد الطلب (قوله بعد نهى القاضى) أفاد أنه لايعزر بالمرة الأولى وبه صرح فى البحر ط (قوله عزر بغير حبس) بل يوجعه عقوبة ويأمره بالعدل ، لأنه أساء الأدب وارتكب ماهو محرم عليه وهو الجور معراج ، وهذا مستثنى من قولهم إن للقاضى الخيار فى التعزير بين الضرب والحبس بحر قلت : ومثله مالو امتنع من الإنفاق على قريبه (قوله لتفويته الحق) الضمير للحبس ح ويؤيده قول الجوهرة

فحينئذ يقضى القاضى بقدره نهر بحثا (والبكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية سواء) لإطلاق الآية .

(وللأمة والمكاتبة وأم الولد والمدبرة) والمبعضة (نصف ماللحرة) أى من البيتوتة والسكنى معها ، أما النفقة فبحالها .

(ولا قسم فى السفر) دفعا للحرج (فله السفر بمن شاء منهن والقرعة أحب) تطييبا لقلوبهن .

(ولو تركت قسمها) بالكسر : أى نوبتها (لضرتها صح ، ولها الرجوع فى ذلك) فى المستقبل ،

لأنه لايستدرك الحق فيه بالحبس لأنه يفوت بمضى الزمان اه أى لما مر أن القسم للصحبة والمؤانسة ، ولا شك أنه فى مدة الحبس يفوتها ذلك وكذلك عللوا لعدم الحبس بالامتناع من الإنفاق على قريبه فافهم (قوله فحينئذ يقضى القاضى بقدره) أى للتى خاصمت ، ومفهومه أنه لو لم يقل ذلك يسقط مامضى مع أن هذا بعد المخاصمة والطلب ، لما علمت من أن القسم لايصير دينا ، وأطلق القدر مع أن فيه كلاما يأتى (قوله والبكر الخ) نص على الأولين لأن فيهما خلاف الأئمة الثلاثة ، وعلى الأخيرة لدفع مايتوهم من عدم مساواة الكتابية للمسلمة بسبب ارتفاعها عليها بالإسلام ، أفاده فى النهر ، ولعله لم يقتصر على قوله والجديدة والقديمة ليشمل مالو كانت البكر والثيب جديدتين بأن تزوجهما معا تأمل (قوله لإطلاق الآية) أى قوله تعالى — ولن تستطيعوا أن تعدلوا — أى فى المحبة — فلا تميلوا — فى القسم قاله ابن عباس ، وقوله تعالى — وعاشروهن بالمعروف — وغايته القسم ، وقوله تعالى — فإن خفتم ألا تعدلوا — ولإطلاق أحاديث النهى ، ولأن القسم من حقوق النكاح ، ولا تفاوت بينهما فى ذلك . وأما ماروى من نحو « للبكر سبع وللثيب ثلاث » فيحتمل أن المراد التفضيل فى البداءة دون الزيادة فوجب تقديم الدليل القطعى كما فى البحر . وفى شرح درر البحار أن الحديث لايدل على نفى التسوية ، بل على اختيار الدور بالسبع والثلاث جمعا بينه وبين ما روينا (قوله وللأمة الخ) أى إذا كان له زوجتان أمة وحرة فللأمة النصف وهذا إذا بوأها السيد منزلا ، ولم أر من ذكره وكأنه لظهوره (قوله أما النفقة) هى الأكل والشرب واللبس والمسكن (قوله فبحالها) أى إن كان كل من الزوج والزوجة غنيين فالواجب نفقة الأغنياء ، أو فقيرين فنفقة الفقراء ، أو مختلفين فالوسط ، وهذا هو المفتى به كما مر ، وقدمنا أن كلام المصنف والشارح محمول عليه فافهم (قوله ولا قسم فى السفر الخ) لأنه لايتيسر إلا بحملهن معه ، وفى إلزامه ذلك من الضرر مالايخفى نهر ، ولأنه قد يثق بإحداهما فى السفر وبالأخرى فى الحضر ، والقرار فى المنزل لحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة أو يمنع من سفر إحداهما كثرة سمنها فتعين من يخاف صحبتها فى السفر للسفر لخروج قرعتها إلزام للضرر الشديد ، وهو مندفع بالنافى للحرج فتح ، وانظر مالو سافر بهن هل يقسم (قوله والقرعة أحب) وقال الشافعى مستحقة ، لما رواه الجماعة من « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا أرادسفرا أقرع بين نسائه فمن خرج سهمها خرج بها معه » قلنا كان استحبابا لتطييب قلوبهن ، لأن مطلق الفعل لايقتضى الوجوب مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يكن القسم واجبا عليه ، وتمامه فى الفتح والبحر ، وهذا مع قوله قبله فتعيين من يخاف صحبتها الخ صريح فى أن من خرجت قرعتها لا يلزمه السفر بها (قوله صح) شمل مالو كان بشرط رشوة منه أو منها وإن بطل الشرط كما أوضحه فى الفتح خلافا لما بحثه الباقانى لأنه اعتياض عن حق لم يجب ولذا لم يسقط حقها .

ولا يقال إنه مثل أخذ العوض فى النزول عن الوظائف ، لأن من أجازه بناه على العرف ولا عرف هنا فتدبر نعم ذكر بعض الشافعية أنه يستنبط من هذه المسألة ومن خلع الأجنبى على مال جواز النزول عن الوظائف بالدراهم وأنه أفتى به شيخ الاسلام زكريا من الشافعية والشيخ نور الدين الدميرى من المالكية والشيشى من الحنابلة .

لأنه ماوجب فماسقط ، ولوجعلته لمعينة هل له جعله لغيرها؟ ذكر الشافعي لا . وفى البحر بحثا نعم ، ونازعه فى النهر .

(ويقيم عند كل واحدة منهن يوما وليلة) لـكن إنما تلزمه التسوية فى الليل، حتى لو جاء للأولى بعد الغروب وللثانية بعد العشاء فقد ترك القسم ، ولا يجامعها فى غير نوبتها ، وكذا لا يدخل عليها إلا لعيادتها ولو اشتد : فنى الجوهرة : لابأس أن يقيم عندها حتى تشفى أو تموت انتهى ، يعنى إذا لم يكن عندها من يؤنسها .

ولو مرض هو فى بيته دعا كلا فى نوبتها ، لأنه لو كان صحيحا وأراد ذلك ينبغى أن يقبل منه نهر (وإن شاء ثلاثا) أى ثلاثة أيام ولياليها (ولا يقيم عند إحداهما أكثر إلا بإذن الأخرى) خاصة

قلت : واضطرب فيه رأى المتأخرين من الحنفية ، وأفتى الخير الرملى بعدمه ، وسيأتى تمام الكلام عليه إن شاء الله تعالى فى الوقف (قوله لأنه) أى حقها وهو القسم ماوجب أى لم يجب بعد ، فما سقط أى فلم يسقط بإسقاطها ح (قوله وفى البحر بحثا نعم) حيث قال ولعل المشايخ إنما لم يعتبروا هذا التفصيل لأن هذه الهبة إنما هى إسقاط عنه فكان الحق له سواء وهبت له أو لصاحبتها ، فله أن يجعل حصة الواهبة لمن شاء ح (قوله ونازعه فى النهر) حيث قال : أقول كون الحق له فيما إذا وهبت لصاحبتها ممنوع . فنى البدائع فى توجيه المسألة بأنه حق يثبت لها فلها أن تستوفى ولها أن تترك اهـ ح .

أقول : وقد نقل المحقق ابن الهمام ماذكره الشافعية وأقره غير أنه قال : وفرعوا إذا كانت ليلة الواهبة تلى ليلة الموهوبة قسم لها ليلتين متواليتين ، وإن كانت لاتليها فهل له نقلها فيوالى لها ليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والأظهر عندى أن ليس له ذلك إلا برضا التى تليها فى النوبة لأنها قد تتضرر بذلك اهـ فما استظهره المحقق يقتضى ترجيح مافى النهر بالأولى (قوله لـكن الخ) قال فى الفتح : لانعلم خلافا فى أن العدل الواجب فى البيتوتة والتأنيس فى اليوم والليلة ، وليس المراد أن يضبط زمان النهار ، فبقدر ماعاشر فيه إحداهما يعاشر الأخرى بل ذلك فى البيتوتة وأما النهار فنى الجملة اهـ يعنى لو مكث عند واحدة أكثر النهار كفاه أن يمكث عند الثانية ولو أقل منه بخلافه فى الليل نهر (قوله ولا يجامعها فى غير نوبتها) أى ولو نهارا ط (قوله يعنى إذا لم يكن الخ) هذا التقييد لصاحب النهر بحثا وهوظاهر ، وأطلقه فى الشرنبلالية ط (قوله ولو مرض هو فى بيته) هذا إذا كان له بيت ليس فيه واحدة منهن ، وإلا فإن لم يقدر على التحول إلى بيت الأخرى يقيم بعد الصحة عند الأخرى بقدر ماأقام عند الأولى مريضا كما قدمناه عن البحر (قوله ولا يقيم عند إحداهما أكثر الخ) لم يبين مالو أقام أكثر من ثلاثة أيام هل يهدر الزائد أو يقيم عند الأخرى بقدر ماأقام عند الأولى ثم يقسم بينهما ثلاثة وثلاثة أو يوما ويوما ؛ والظاهر الثانى ، لأن هدر مامضى فيما إذا أقام عند إحداهما لا على سبيل القسم كما تقدم وهنا فى الاقامة على سبيل القسم فلا يهدر شىء ويؤيده مافى الخانية من أنه لو أقام عند الجديدة ثلاثة أيام أو سبعة أيام يقيم عند الأولى كذلك اهـ لـكن ظاهره أن له أن يجعل الدور مستمرا ثلاثة أو سبعة ، وهذا مخالف لما ذكره المصنف ، ويؤيده ماقدمناه عن شرح درر البحار فى التوفيق بين الأدلة أن الحديث يدل على اختيار الدور بالسبع أو الثلاث تأمل ، وعن هذا نقل القهستانى عن الخانية والسراجية وغيرهما أن له أن يقيم عند امرأته ثلاثة أو سبعة وعند أخرى كذلك اهـ . والذى فى الخانية هو ماذكرناه . وفى كافى الحاكم الشهيد يكون عند كل واحدة منهما يوما وليلة ، وإن شاء أن يجعل لـكل واحدة منهما ثلاثة أيام فعل . وروى عن الأشعث عن الحـكم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لأم سلمة حين دخل بها «إن شئت سبعة لك وسبعة لهن(١)» اهـ ومقتضى روايته الحديث أن له التسبيع ، بل فى غاية البيان إن شاء ثلث لـكل واحدة

---

(١) قوله (سبعة لك وسبعة لهن) كذا بالنسخة المقابلة على خط المؤلف بالتاء المربوطة ، والذى فى سائر روايات مسلم « سبعت » فى الموضعين بالتاء المجرورة اهـ مصححه .

زاد فى الخانية (والرأى فى البداءة) فى القسم (إليه) وكذا فى مقدار الدور هداية وتبيين . وقيده فى الفتح بحثا بمدة الإيلاء أو جمعة ، وعممه فى البحر ، ونظر فيه فى النهر . قال المصنف : وظاهر بحثهما أنهما لم يطلعا على مافى الخلاصة من التقييد بالثلاثة أيام كما عوّلنا عايه فى المختصر ، والله أعلم .

[فروع] لوكان عمله ليلا كالحارس ذكر الشافعية أنه يقسم نهارا وهو حسن ، وحقه عليها أن تطيعه فى كل مباح يأمرها به ، وله منعها من الغزل ومن أكل مايتأذى من رائحته ، بل ومن الحناء والنقش إن تأذى برائحته نهر وتمامه فيما علقته على الملتقى .

وإن شاء سبع إلى غير ذلك (قوله زاد فى الخانية) يوهم أن عبارة الخانية صريحة فى الحصر كعبارة الخلاصة ، وليس كذلك ، فإن الذى فيها عايه أن يسوى بينهما ، فيكون عند كل واحدة منهما يوماً وليلة أو ثلاثة أيام ولياليها والرأى فى البداية إليه اه . فالظاهر أن هذا بيان للأفضل لالنفى الزيادة بقرينة عبارته المارة تأمل (قوله وقيده فى الفتح) أى قيد كلام الهداية المذكور ، حيث قال اعلم أن هـذا الإطلاق لايمكن اعتباره على صراحته ، لأنه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن إطلاق ذلك ، بل ينبغى أن يطلق له مقدار مدة الإيلاء وهو أربعة أشهر ، وإذا كان وجوبه للتأنس ورفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة وأظن أن أكثر من جمعة مضارة إلا أن يرضيا اه فقوله وأظن الخ إضراب إبطالى عن مدة الإيلاء فيناسب أن تكون «أو» فى قول الشارح أو جمعة بمعنى بل كما فى قول الشاعر * كانوا ثمانين أو زادوا ثمانية * ح (قوله وعممه فى البحر) حيث قال : والظاهر الإطلاق ، لأنه لامضارة حيث كان على وجه القسم لأنها مطمئنة بمجىء نوبتها (قوله ونظر فيه فى النهر) حيث قال فى نفى المضارة مطلقا نظر لايخفى اه.

قلت : وأيضا فإن الاطمئنان بمجىء النوبة منتف مع طول المدة كسنة مثلا لاحتمال موته أو موتها مع ما فيه من تفويت المعنى الذى شرع القسم لأجله وهو الاستئناس (قوله وظاهر بحثهما) أى صاحب الفتح والبحر كما فى المنح ح (قوله من التقييد بالثلاثة أيام) قد علمت ماينافى هذا التقييد (قوله وهو حسن) كذا قاله فى النهر (قوله فى كل مباح) ظاهره أنه عند الأمر به منه يكون واجبا عليها كأمر السلطان الرعية به ط (قوله ومن أكل مايتأذى به) أى برائحته كثوم وبصل . ويؤخذ منه أنه لو تأذى من رائحة الدخان المشهور له منعها من شربه (قوله بل ومن الحناء) ذكره فى الفتح بحثا أخذا مما قبله (قوله وتمامه فيما علقته على الملتقى) وعبارته عن الخانية معزيا للمنتقى : لوكان له امرأة وسرارى أمر بيوم وليلة من أربع عندها ، وفى البواقى عند من شاء منهن ، وكذا لوكان له ثلاث نسوة أمر بيوم وليلة عند كل منهن ، ويقيم فى يوم وليلة عند من شاء من السرارى ؛ ولوله أربعة أقام عند كل يوما وليلة ولم يكن عند السرارى إلا وقفة المار .

ويكره للرجل أن يطأ امرأته وعندها صبى يعقل أو أعمى أو ضرتها أو أمتها أو أمته اه . ثم قال ولا يجمع بين الضرائر إلا بالرضا ، ولو قالت لا أسكن مع أمتك ليس لها ذلك ، ولو أقام عند الأمة يوما فعتقت يقيم عند الحرة يوما وكذلك العكس اه أى لو أقام عند الحرة يوما فعتقت زوجته الأمة يتحول إلى المعتقة ، ولا يكمل للحرة يومين تنزيلا للحرية انتهاء منزلتها ابتداء كما فى المعراج .

أقول : وما نقله أولا عن المنتقى مبنى على رواية الحسن المرجوع عنها كما تقدم من أن للحرة يوما وليلة من كل أربع ، هكذا خطر لى . ثم رأيت الشرنبلالى صرح به فى رسالته [تجدد المسرات بالقسم بين الزوجات] وقال : ولم أر من نبه على ذلك .

ومبنى الرسالة على سؤال فى رجل له زوجتان وجوار يقسم للزوجتين ثم يبيت عند جواريه ماشاء ثم يرجع إلى

باب الرضاع

(هو) لغة بفتح وكسر : مص الثدى . وشرعا (مص من ثدى آدمية) ولو بكرا أو ميتة أو آيسة ، وألحق بالمص الوجور والسعوط (فى وقت مخصوص) هو (حولان ونصف عنده وحولان) فقط (عندهما وهو الأصح) فتح ، وبه يفتى كما فى تصحيح القدورى عن العون ، لكن فى الجوهرة أنه فى الحولين ونصف ،ولو بعد الفطام

زوجتيه ويقسم لها أجاب بالجواز أخذا من قول ابن الهمام اللازم أنه إذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الأخرى كذلك لأنه يجب أن يبيت عند واحدة منهما دائما ، فإنه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالى وانفرد لم يمنع من ذلك اه يعنى بعد تمام دورهن ، وسواء انفرد بنفسه أوكان مع جواريه اه فافهم ، والله سبحانه أعلم .

باب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لايعيش غالبا فى ابتداء إنشائه إلا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهى من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره إلى آخر أحكامه ، ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد إنما عمله بعض أصحابه ونسبه إليه ليروجه، ولذا لم يذكره الحاكم أبو الفضل فى مختصره المسمى بالكافى مع التزامه إيراد كلام محمد فى جميع كتبه محذوفة التعاليل وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاته ، وإنما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك فى كتاب النكاح فتح (قوله بفتح وكسر) ولم يذكروا الضم مع جوازه لأنه بمعنى أن ترضع معه آخر كما فى القاموس . وفيه أن فعله جاء من باب علم فى لغة تهامة : وهى مافوق نجد ، ومن باب ضرب فى لغة نجد ،وجاء من باب كرم نهر.زاد فى المصباح لغة أخرى من باب فتح مصدره رضاعا ورضاعة بالفتح (قوله مص الثدى) قال فى المصباح : الثدى للمرأة ، ويقال فى الرجل أيضا : قال ابن السكيت يذكر ويؤنث اه وهذا التعريف قاصر لأنه فى اللغة يعم المص ولو من بهيمة ،فالأولى مافى القاموس: هو لغة شرب اللبن من الضرع والثدى ط (قوله آدمية) خرج بها الرجل والبهيمة بحر (قوله أو آيسة) ذكره فى النهر أخذا من إطلاقهم قال :وهو حادثة الفتوى (قوله وألحق بالمص الخ) تعريض بالرد على صاحب البحر حيث قال التعريف منقوض طردا ، إذ قد يوجد المص ولارضاع إن لم يصل إلى الجوف وعكسا ، إذ قد يوجد الرضاع ولامص كما فى الوجور والسعوط .ثم أجاب بأن المراد بالمص الوصول إلى الجوف من المنفذين، وخصه لأنه سبب للوصول فأطلق السبب وأراد المسبب .

واعترضه فى النهر بأن المص يستلزم الوصول إلى الجوف لما فى القاموس: مصصته شربته شربا رقيقا، وجعل الوجور والسعوط ملحقين بالمص ح . وفى المصباح :الوجور بفتح الواو الدواء يصب فى الحلق ،وأوجرت المريض إيجارا فعلت به ذلك ، ووجرته أجره من باب وعد لغة . والسعوط : كرسول دواء يصب فى الأنف ،والسعوط كقعود مصدر ، وأسعطته الدواء يتعدى إلى مفعولين (قوله فى وقت مخصوص) قد يقال إنه لاحاجة إليه للاستغناء عنه بالرضيع ، وذلك أنه بعد المدة لايسمى رضيعا نص عليه فى العناية نهر وفيه نظر . والذى فى العناية أن الكبير لايسمى رضيعا، ذكره ردا على من سوى فى التحريم بين الكبير والصغير (قوله عن العون) كذا فى عامة النسخ وفى بعضها عن العيون بالياء بين العين والواو ، وهو اسم كتاب أيضا ، وهو الذى رأيته فى النهر، وفى تصحيح القدورى أيضا فافهم (قوله لكن الخ) استدراك على قوله وبه يفتى . وحاصله أنهما قولان أفتى بكل منهما ط

محرم ، وعليه الفتوى . واستدلوا لقول الإمام بقوله تعالى — وحمله وفصاله ثلاثون شهرا — أى مدة كل منهما ثلاثون غير أن النقص فى الأول قام بقول عائشة : لايبقى الولد أكثر من سنتين ومثله لايعرف إلا سماعا ، والآية مؤولة لتوزيعهم الأجل على الأقل والأكثر فلم تكن دلالتها قطعية ، على أن الواجب على المقلد العمل بقول المجتهد وإن لم يظهر دليله كما أفاده فى رسم المفتى ، لكن فى آخر الحاوى : فان خالفا قيل يخير المفتى ، والأصح أن العبرة لقوة الدليل ، ثم الخلاف فى التحريم ،

(قوله أى مدة كل منهما ثلاثون) تقدير المضاف ليس لصحة الحمل ، لأن الإخبار بالزمان عن المعنى صحيح بلا تقدير فافهم ، بل لبيان حاصل المعنى :

قال فى الفتح : ووجهه أنه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب لدينين على شخصين ، بأن قال أجلت الدين الذى على فلان والدين الذى على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكمالها لكل (قوله غير أن النقص) أى عن الثلاثين فى الأول : يعنى فى مدة الحمل ، أى أكثر مدته قام : أى تحقق وثبت (قوله لايبقى الولد الخ) الذى فى الفتح : الولد لايبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل ، وفى رواية : ولو بقدر ظل مغزل ، وسنخرجه فى موضعه اه . وفلكة المغزل كتمرة معروفة مصباح وهو على تقدير مضاف وقد جاء صريحا فى شرح الإرشاد : ولو بدور فلكة مغزل ، والغرض تقليل المدة مغرب (قوله ومثله لايعرف إلا سماعا) لأن المقدرات لايهتدى العقل إليها فتح ، أى فهو فى حكم المرفوع المسموع من النبى صلى الله عليه وسلم (قوله والآية مؤولة) أى قابلة للتأويل بمعنى آخر ، فلم تكن قطعية الدلالة على المعنى الأول فجاز تخصيصها بخبر الواحد (قوله لتوزيعهم) أى العلماء كالصاحبين وغيرهما الأجل : أى ثلاثون شهرا على الأقل : أى أقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، والأكثر : أى أكثر مدة الرضاع وهو سنتان ، فالثلاثون بيان لمجموع المدتين لالكل واحدة (قوله على أن الخ) ترق فى الجواب . وفيه إشارة إلى ما أورده فى الفتح على دليل الإمام المار من أنه يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملا فى إطلاق واحد فى مدلول ثلاثين وفى أربعة وعشرين ، وهو الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد ، ومن أن أسماء العدد لايتجوز بشىء منها فى الآخر نص عليه كثير من المحققين لأنها بمنزلة الأعلام على مسمياتها اه .

وأجاب الرحمتى بأن حمله وفصاله مبتدآن وثلاثون خبر عن أحدهما أى الثانى وحذف خبر الآخر فأحد الخبرين مستعمل فى حقيقته والآخر فى مجازه فلا جمع فى لفظ واحد . وعن الثانى بأنه أطلق أشهر فى قوله تعالى — الحج أشهر معلومات — على شهرين وبعض الثالث اه .

قلت : وفيه أن الشهر ليس من أسماء العدد ، فالمناسب الجواب بما قاله الجمهور من أن عشرة إلا اثنين أريد به ثمانية كما أشار إليه فى الفتح ، لكن هذا خاص بالاستثناء والكلام ليس فيه (قوله كما أفاده فى رسم المفتى) المفيد لذلك الإمام قاضيخان فى فصل رسم المفتى من أول فتاواه بطريق الإشارة لابصريح العبارة (قوله لكن الخ) استدراك على قوله الواجب على المقلد الخ فإنه يفيد وجوب اتباعه سواء وافقه صاحباه أو خالفاه ، وهو قول عبدالله بن المبارك (قوله قيل يخير المفتى) أى وقيل لايخير مطلقا كما علمت ، فهذا قول ثان . قال فى السراجية : والأول أصح إن لم يكن المفتى مجتهدا ، ومفاده اختيار القول الثانى : أى التخيير إن كان مجتهدا ، ولا يخفى أن تخيير المجتهد إنما هو فى النظر فى الدليل ، وهذا معنى قول الحاوى والأصح أن العبرة لقوة الدليل لأن قوة الدليل لاتظهر لغير المجتهد فى المذهب تأمل ، وتمام تحرير هذه المسألة فى شرح أرجوزتى فى رسم المفتى (قوله والأصح أن العبرة لقوة الدليل) قال فى البحر : ولا يخفى قوة دليلهما ، فإن قوله تعالى — والوالدات يرضعن — الآية يدل على أنه

أما لزوم أجر الرضاع للمطلقة فمقدر بحولين بالإجماع (ويثبت التحريم) فى المدة فقط ولو (بعد الفطام والاستغناء بالطعام على) ظاهر (المذهب) وعليه الفتوى فتح وغيره . قال فى المصنف كالبحر : فما فى الزيلعى خلاف المعتمد، لأن الفتوى متى اختلفت رجح ظاهر الرواية (ولم يبح الإرضاع بعد مدته) لأنه جزء آدمى والانتفاع به لغير ضرورة حرام على الصحيح شرح الوهبانية .

وفى البحر : لايجوز التداوى بالمحرم فى ظاهر المذهب ، أصله بول المأكول كما مر .

(وللأب إجبار أمته على فطام ولدها منه قبل الحولين إن لم يضره) أى الولد (الفطام، كماله) أيضا (إجبارها) أى أمته (على الإرضاع ، وليس له ذلك) يعنى الإجبار

لارضاع بعد التمام ، وأما قوله تعالى — فإن أرادا فصالا عن تراض منهما — فإنما هو قبل الحولين بدليل تقييده بالتراضى والتشاور، وبعدهما لايحتاج إليهما. وأما استدلال صاحب الهداية للإمام بقوله تعالى— وحمله وفصاله ثلاثون شهرا — بناء على أن المدة لكل منهما كما مر ، فقد رجع إلى الحق فى باب ثبوت النسب من أن الثلاثين لهما للحمل ستة أشهر والعامان للفصال اه (قوله أما لزوم أجر الرضاع الخ) وكذا وجوب الإرضاع على الأم ديانة نهر عن المجتبى (قوله فى المدة فقط) أما بعدها فإنه لايوجب التحريم بحر (قوله فما فى الزيلعى) أى من قوله : وذكر الخصاف أنه إن فطم قبل مضى المدة واستغنى بالطعام لم يكن رضاعا وإن لم يستغن تثبت به الحرمة ، وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى (قوله لأن الفتوى الخ) ولأن الأكثرين على الأول كما فى النهر (قوله ولم يبح الإرضاع بعد مدته) اقتصر عليه الزيلعى ، وهو الصحيح كما فى شرح المنظومة بحر ، لكن فى القهستانى عن المحيط : لو استغنى فى حولين حل الإرضاع بعدهما إلى نصف ولا تأثم عند العامة خلافا لخلف ابن أيوب اه ونقل أيضا قبله عن إجارة القاعدى أنه واجب إلى الاستغناء ، ومستحب إلى حولين ، وجائز إلى حولين ونصف اه .

قلت : قد يوفق بحمل المدة فى كلام المصنف على حولين ونصف بقرينة أن الزيلعى ذكره بعدها ، وحينئذ فلا يخالف قول العامة تأمل (قوله وفى البحر) عبارته : وعلى هذا أى الفرع المذكور لايجوز الانتفاع به للتداوى. قال فى الفتح : وأهل الطب يثبتون للبن البنت أى الذى نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين. واختلف المشايخ فيه، قيل لايجوز، وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد . ولا يخفى أن حقيقة العلم متعذرة ، فالمراد إذا غلب على الظن وإلا فهو معنى المنع اه . ولا يخفى أن التداوى بالمحرم لايجوز فى ظاهر المذهب ، أصله بول مايؤكل لحمه فإنه لايشرب أصلا اه (قوله بالمحرم) أى المحرم استعماله طاهرا كان أو نجسا ح (قوله كما مر) أى قبيل فصل البئر حيث قال : فرع اختلف فى التداوى بالمحرم . وظاهر المذهب المنع كما فى إرضاع البحر ، لكن نقل المصنف ثمة وهنا عن الحاوى : وقيل يرخص إذا علم فيه الشفاء ولم يعلم دواء آخر كما خص الخمر للعطشان وعليه الفتوى اه ح .

قلت : لفظ وعليه الفتوى رأيته فى نسختين من المنح بعد القول الثانى كما ذكره الشارح كما علمته ، وكذا رأيته فى الحاوى القدسى ، فعلم أن ما فى نسخة ط تحريف فافهم (قوله وللأب إجبار أمته الخ) لأنها لاحق لها فى التربية فى حال رقها ، بل الحق له لأنها ملكه ، وكذا الحكم فى ولدها من غيره لأنه ملك له رحمتى .

قلت : والظاهر أن للمولى إجبارها أيضا وإن شرط الزوج حرية الأولاد ، لأن الرضاع يهزلها ويشغلها عن خدمته (قوله على الإرضاع) الإطلاق شامل لولده منها أو من غيرها ولولد أجنبى بأجرة أو بدونها ، لأن له

بنوعيه (مع زوجته الحرة) ولو (قبلهما) لأن حق التربية لها جوهرة (ويثبت به) ولو بين الحربيين بزازية (وإن قل) إن علم وصوله لجوفه من فمه أو أنفه لاغير، فلو التقم الحلمة ولم يدر أدخل اللبن فى حلقه أم لا لم يحرم، لأن فى المانع شكا ولوالجية .

استخدامها بما أراد (قوله بنوعيه) أى الإجبار على الفطام وعلى الإرضاع (قوله مع زوجته الحرة) أما زوجته الأمة فالحق لسيدها وإن شرط الزوج حرية الأولاد فيما يظهر كما ذكرناه آنفا فافهم (قوله ولو قبلهما) أى قبل الحولين ، وهذا التعميم المستفاد من زيادة لو صحيح بالنسبة إلى عدم الإجبار على الرضاع : أى ليس له إجبارها عليه فى القضاء مالم تتعين لذلك فى المدة بأن لم يأخذ ثدى غيرها أو لم يكن للأب ولا للصغير مال كما سيأتى فى الحضانة والنفقة ، أما بالنسبة إلى النوع الآخر وهو عدم الإجبار على الفطام فإنما يصح قبل الحولين ، وأما بعدهما فالظاهر أنه يجبرها على الفطام ، لما أن الإرضاع بعدهما حرام على القول بأن مدته الحولان تأمل ح بزيادة .

قلت : وما استظهره مبنى على ظاهر كلام المصنف السابق، وقدمنا الكلام فيه (قوله ولو بين الحربيين) قال فى البحر : وفى البزازية والرضاع فى دار الإسلام ودار الحرب سواء ، حتى إذا رضع فى دار الحرب وأسلموا وخرجوا إلى دارنا تثبت أحكام الرضاع فيما بينهم اهـ ح (قوله وإن قل) أشار به إلى نفى قول الشافعى وإحدى الروايتين عن أحمد أنه لايثبت التحريم إلابخمس رضعات مشبعات، لحديث مسلم « لاتحرم المصة والمصتان » وقول عائشة رضى الله عنها « كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن ثم نسخ(١) بخمس رضعات معلومات يحرمن ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى فيما يقرأ من القرآن » رواه مسلم .

والجواب أن التقدير منسوخ صرح بنسخه ابن عباس وابن مسعود. وروى عن ابن عمر أنه قيل له إن ابن الزبير يقول لابأس بالرضعة والرضعتين، فقال قضاء الله خير من قضائه. قال تعالى — وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة — فهذا إما أن يكون ردا للرواية بنسخها أو لعدم صحتها أو لعدم إجازته تقييد إطلاق الكتاب بخبر الواحد ، وهذا معنى قوله فى الهداية إنه مردود بالكتاب أو منسوخ به .

وأما ماروته عائشة فالمراد به نسخ الكل نسخا قريبا ، حتى إن من لم يبلغه كان يقرؤها وإلا لزم ضياع بعض القرآن كما تقوله الروافض ، وما قيل ليكره نسخ التلاوة مع بقاء الحكم فليس بشىء لأن ادعاء بقاء حكمه بعد نسخه يحتاج إلى دليل ، وتمام ذلك مبسوط فى الفتح والتبيين وغيرهما .

[تنبيه] نقل ط عن الخيرية أنه لو قضى شافعى بعدم الحرمة برضعة نفذ حكمه ، وإذا رفع إلى حنفى أمضاه اهـ فتأمل (قوله لاغير) يأتى محترزه فى قول المصنف : والاحتقان والإقطار فى أذن وجائفة وآمة (قوله فلو التقم الخ) تفريع على التقييد بقوله إن علم .

وفى القنية : امرأة كانت تعطى ثديها صبية واشتهر ذلك بينهم ثم تقول لم يكن فى ثديى لبن حين ألقمتها ثديى ولم يعلم ذلك إلا من جهتها جاز لابنها أن يتزوج بهذه الصبية اهـ ط .

وفى الفتح : لو أدخلت الحلمة فى فى الصبى وشكت فى الارتضاع لاتثبت الحرمة بالشك، ثم قال : والواجب على النساء أن لايرضعن كل صبى من غير ضرورة ، وإذا أرضعن فليحفظن ذلك وليشهرنه ويكتبنه احتياطا اهـ

---

(١) (قوله ثم نسخ الخ) الذى فى صحيح مسلم « ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن الخ » اهـ فراجعه إن شئت اهـ مصححه .

ولو أرضعها أكثر أهل قرية ثم لم يدر من أرضعها فأراد أحدهم تزوجها ، إن لم تظهر علامة ولم يشهد ، بذلك جاز خانية (أمومية المرضعة للرضيع ، و) يثبت (أبوّة زوج مرضعة) إذا كان (لبنها منه له) وإلا لا كما سيجيء (فيحرم منه) أى بسببه (ما يحرم من النسب) رواه الشيخان .

واستثنى بعضهم إحدى وعشرين صورة وجمعها فى قوله :

يفارق النسب الإرضاع فى صور كأم نافلة أو جـدة الولد

وفى البحر عن الخانية : يكره للمرأة أن ترضع صبيا بلا إذن زوجها إلا إذا خافت هلاكه (قوله ثم لم يدر) أى لم يدر من أرضعها منهم فلابد أن تعلم المرضعة (قوله إن لم تظهر علامة) لم أر من فسرها . ويمكن أن تمثل بتردد المرأة ذات اللبن على المحل الذى فيه الصبية أو كونها ساكنة فيه فإنه أمارة قوية على الإرضاع ط (قوله ولم يشهد بذلك) بالبناء للمجهول والجار والمجرور نائب الفاعل (قوله جاز) هذا من باب الرخصة كى لاينسدّ باب النكاح وهذه المسألة خارجة عن قاعدة : الأصل فى الإرضاع التحريم ، ومثلها مالو اختلطت الرضيعة بنساء يحصرن وهذا بخلاف المسألة الأولى فإنه لاحاجة إلى إخراجها لأن سبب الحرمة غير متحقق فيها ؛ كذا أفاده فى الأشباه (قوله أمومية) بالرفع فاعل يثبت . قال القهستانى : والأمومة مصدر هو كون الشخص أما اه (قوله وأبوّة زوج مرضعة لبنها منه) المراد به اللبن الذى نزل منها بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد فليس الزوج قيدا بل خرج مخرج الغالب بحر . وأما إذاكان اللبن من زنى ففيه خلاف سيذكره الشارح ؛ ويأتى الكلام فيه (قوله له) أى للرضيع وهو متعلق بالأبوة ح أى لأنه مصدر معناه كونه أبا ط (قوله كما سيجىء) أى فى قوله طلق ذات لبن ح (قوله أى بسببه) أشار إلى أن من بمعنى باء السببية ط (قوله مايحرم من النسب) معناه أن الحرمة بسبب الرضاع معتبرة بحرمة النسب ، فشمل زوجة الابن والأب من الرضاع لأنها حرام بسبب النسب فكذا بسبب الرضاع ، وهو قول أكثر أهل العلم ، كذا فى المبسوط بحر .

وقد استشكل فى الفتح الاستدلال على تحريمها بالحديث لأن حرمتها بسبب الصهرية لا النسب ، ومحرمات النسب هى السبع المذكورة فى آية التحريم ، بل قيد الأصلاب فيها يخرج حليلة الأب والابن من الرضاع فيفيد حلها وتمامه فيه (قوله رواه الشيخان) أشار به إلى أنه حديث ، لكن فيه تغيير اقتضاه تركيب المتن وهو زيادة الفاء ووضع المضمر موضع الظاهر ، وأصله « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » ح وتقدم أنه يجوز رواية الحديث بالمعنى للعارف ، على أن المصنف لم يقصد رواية الحديث ط (قوله يفارق النسب الإرضاع) بنصب النسب ورفع الإرضاع ح ولعله إنما نسبت إليه المفارقة وإن كان مفاعلة من الجانبين ، لأنه الفرع والنسب هو الأصل المعتبر فى التحريم ، والمفارقة غالبا تكون من العارض ط (قوله فى صور) أى سبع ، وإنما كانت إحدى وعشرين باعتبار تعلق الرضاع بالمضاف أو المضاف إليه أو بهما كما سيأتى إيضاحه . ولا يخفى عليك أن المذكور فى البيتين ست صور ، فإن قوله وأم أخ مكرر مع قوله وأم أخت إذ كل واحدة من هذه المذكورات كذلك ، فإن أخت البنت مثل أخت الابن وأم الخالة مثل أم الخال ، وقس عليه ح (قوله كأم نافلة) أشار بالكاف إلى عدم الحصر فى ذلك ؛ لما قال فى الفتح : إن المحرم فى الرضاع وجود المعنى المحرم فى النسب ، فإذا انتفى فى شىء من صور الرضاع انتفت الحرمة ، فيستفاد أنه لاحصر فيما ذكر اه فافهم . والنافلة الزيادة تطلق على ولد الولد لزيادته على الولد الصلبى ، وتقدم أن كل صورة من هذه السبع تتفرع إلى ثلاث صور ، فولد ولدك إذا كان نسبيا وله أم من الرضاع تحل لك ، بخلاف أمه من النسب لأنها حليلة ابنك ، وإن كان رضاعيا بأن رضع من زوجة ابنك ولهذا الرضيع أم نسبية أو رضاعية أخرى تحل لك (قوله أو جدة الولد) صادق بأن يكون الولد رضاعيا بأن رضع من

وأم أخت وأخت ابن وأم أخ   وأم خـال وعمة ابن اعتمد

(إلا أم أخيه وأخته) استثناء منقطع ، لأن حرمة من ذكر بالمصاهرة لا بالنسب فلم يكن الحديث متنا ولا لما استثناه الفقهاء فلا تخصيص بالعقل كما قيل ، فإن حرمة أم أخته وأخيه نسبا لكونها أمه أو موطوءة أبيه

زوجتك وله جدة نسبية أو جدة أم أم أخرى أرضعته ، وبأن يكون نسبيا له جدة رضاعية ، بخلاف النسبية فلاتحل لك لأنها أمك أوأم زوجتك . واحترز بجدة الولد عن أم الولد لأنهاحلال من النسب وكذا من الرضاع (قوله وأم أخت) صادق بأن يكون كل منهما من الرضاع كأن يكون لك أخت من الرضاع لها أم أخرى من الرضاع أرضعتها وحدها ، وبأن تكون الأخت فقط من الرضاع لها أم نسبية ، وبأن تكون الأم فقط من الرضاع كأن تكون لك أخت نسبية لها أم رضاعية ، بخلاف النسبية لأنها إما أمك أو حليلة أبيك (قوله وأخت ابن) أى كل منهما رضاعى أو الأول رضاعى والثانى نسبى أو العكس ، بخلاف ماإذا كان كل منهما نسبيا ، فلا تحل أخت الابن لأنها إما بنتك أو ربيبتك ، ومن هنا يعلم ماإذا رضع ولدك من أم أمه فإن أمه لاتحرم عليك لكونها أخت ابنك رضاعا أفاده الرملى ط وأخت البنت كأخت الابن .

وأورد أنه يتصور الحل فى أخت ابنه وبنته نسبا بأن يدعى شريكان فى أمة ولدها ، فإذا كان لكل منهما بنت من غير الأمة حل لشريكه التزوج بها وهى أخت ولده نسبا من الأب . وألغز بها فى شرح الوهبانية ، وأجاب عنها شرنبلالية (قوله وأم أخ) الكلام فيه كالكلام فى أم الأخت ، وفيه مامر عن ح (قوله وأم خال) فيه الصور الثلاث ، أما إذا كانا نسبيين فلا تحل ، لأن أم خالك من النسب جدتك أو منكوحة جدك (قوله وعمة ابن) فيه الصور الثلاث أيضا بأن يكون كل منهما رضاعيا كأن رضع صبى من زوجتك ورضع أيضا من زوجة رجل آخر له أخت فهذه الأخت عمة ابنك من الرضاع أو الأول رضاعيا فقط بأن يكون ذلك الرضيع ابنك من النسب أو الثانى فقط بأن يكون ابنك من الرضاع له عمة من النسب ، بخلاف مالو كان كل منهما من النسب فإن العمة لاتحل لك لأنها أختك (قوله استثناء منقطع الخ) جواب عن قول البيضاوى : إن استثناء أخت ابنه وأم أخيه من الرضاع من هذا الأصل ليس بصحيح ، فإن حرمتهما فى النسب بالمصاهرة دون النسب اه فعدم الصحة مبنى على جعل الاستثناء متصلا . وفيه جواب أيضا عن قوله فى الغاية إن هذا تخصيص للحديث بدليل عقلى . وبيان الجواب ماقاله الزيلعى : إن هذا سهو ، فإن الحديث يوجب عموم الحرمة لأجل الرضاع حيث وجدت الحرمة لأجل النسب وحرمة أم أخيه من النسب لا لأجل أنها أم أخيه بل لكونها أمه أو موطوءة أبيه ، ألا ترى أنها تحرم عليه وإن لم يكن له أخ ، وكذا أخت ابنه من النسب إنما حرمت عليه لأجل أنها بنته أو بنت امرأته بدليل حرمتها وإن لم يكن له ابن ، وهـذا المعنى يوجب الحرمة فى الرضاع أيضا حتى لايجوز له أن يتزوج بأمه ولا موطوءة أبيه ولا بنت امرأته كل ذلك من الرضاع فبطل دعوى التخصيص اه وحاصله يرجع إلى أن الاستثناء منقطع كما قال الشارح لعدم تناول الحديث له .

هذا ، وقد اعترض ح قول الشارح تبعا للبيضاوى إن حرمة من ذكر بالمصاهرة بأن فيه نظرا من وجهين :

الأول أن المصاهرة لاتتصور فى عمة ولده لأنها أخته الشقيقة أو لأب أو لأم ، وكذا فى بنت عمة ولده لأنها بنت أخته الشقيقة أو لأب أو لأم .

الثانى أن المصاهرة فى الصور السبعة الباقية إنما تتصور على تقدير واحد فقط . وعلى التقدير الآخر أو التقديرين الآخرين فالحرمة بالنسب لا بالمصاهرة .

وهذا المعنى مفقود فى الرضاع (و) قس عليه (أخت ابنه) وبنته (وجدة ابنه) وبنته (وأم عمه وعمته وأم خاله

بيان ذلك أن أم أخيك إنما تكون حرمتها بالمصاهرة إذا كان الأخ أخا لأب ، فإن أمه حينئذ امرأة أبيك ، بخلاف الأخ الشقيق أو لأم فإن حرمة أمه بالنسب لأنها أمك وحرمة أخت ابنك النسبى إنما تكون بالمصاهرة إن كانت أخت الابن لأمه لأنها ربيبتك بخلافها شقيقة أو لأب فإنها بنتك وحرمة جدة ابنك إنما تكون بالمصاهرة إذا كانت أم أمه لأنها أم امرأتك ، بخلافها أم أبيه لأنها أمك ، وحرمة أم عمك إنما تكون بالمصاهرة لو العم لأب بخلافه لو شقيقا أو لأم لأنها جدتك ، ومثل أم العم أم الخال ، وحرمة بنت أخت ولدك إنما تكون بالمصاهرة لو كانت الأخت لأم لأنها تكون بنت ربيبتك ، بخلافها شقيقة أو لأب لأنها بنت بنتك ، وحرمة أم ولد ولدك إنما تكون بالمصاهرة إذا كانت أم ابن ابنك لأنها حليلة ابنك ، بخلاف أم بنت بنتك فإنها بنتك ، فقد ظهر أن التعليل بهذا غير صحيح بل التعليل الصحيح ما ذكره بقوله فإن حرمة أم أخته الخ كما سنبينه اه .

أقول : والجواب عن الأول أن قول الشارح إن حرمة من ذكر بالمصاهرة المراد بمن ذكر هو أم أخيه وأخته لأنه هو الذى سبق ذكره دون بقية الصور الآتية ، ولأنه ذكر بعده تعليلا آخر شاملا للجميع وهو قوله فإن حرمة أم أخته وأخيه الخ مع قوله وقس عليه أخت ابنه الخ كما سنوضحه . وعن الثانى أعنى قوله إن المصاهرة إنما تتصور على تقدير واحد فقط بأن المراد هو ذلك التقدير .

وبيان ذلك أن الحديث دل على أن كل مايحرم من النسب يحرم نظيره من الرضاع ، فيقال : تحرم الأم نسبا فكذا تحرم الأم رضاعا ، وتحرم البنت نسبا فكذا تحرم البنت رضاعا ، وهكذا إلى آخر المحرمات النسبية ، فأم أخيك الشقيق أو لأم إنما تحرم لكونها أمك لا لكونها أم أخيك ولذا تحرم عليك ولو لم يكن لك أخ منها ، فلا يحسن أن يقال تحرم أم الأخ الشقيق أو لأم لأنه يتكرر مع قولهم تحرم الأم ، فعلم أن المراد أم الأخ لأب فقط ولما ورد عليه أن أم الأخ لأب إنما حرمت بالمصاهرة ، والحديث إنما رتب حرمة الرضاع على حرمة النسب لا على حرمة المصاهرة .

أجاب بأن الاستثناء منقطع ، وكذا يقال أخت الابن إذا كانت شقيقة أو لأب إنما تحرم لكونها بنتك ، وقد علم تحريم البنت من النسب فيراد بها الأخت لأم لأنها ربيبتك ، فلم تعلم حرمتها من محرمات النسب فلم تكن تكرارا لكن لما لم تدخل فى الحديث كان استثناؤها منقطعا ، وهكذا يقال فى البواقى .

والحاصل أن الحديث لما رتب حرمة الرضاع على حرمة النسب وكان مايحرم من النسب من نظائر هذه المستثنيات قد يحرم من النسب على تقدير ومن المصاهرة على تقدير لم يصح أن يراد منه التقدير الأول لأنه يلزم منه التكرار بلا فائدة ، فتعين إرادة التقدير الثانى وإن كان الاستثناء فيه منقطعا ، دفعا للتكرار وتنبيها على بيان مايحل لزيادة التوضيح ، هذا غاية مايمكن توجيه كلامهم به ، والله تعالى أعلم فافهم (قوله وهذا المعنى مفقود فى الرضاع) لأن أم أخته وأخيه رضاعا ليست أمه ولا موطوءة أبيه (قوله وقس عليه الخ) أى قس على ما ذكر من المعنى أخت ابنه وبنته الخ بأن تقول : إنما حرمت عليه أخت ابنه وبنته نسبا لكونها بنته أو بنت امرأته وهذا المعنى مفقود فى الرضاع ، وكذا جدة ابنه وبنته نسبا إنما حرمت عليه لكونها أمه أو أم امرأته وهذا مفقود فى الرضاع وهكذا البواقى .

وبهذا التقرير علم أن التعليل المذكور بقوله فإن حرمة أم أخته الخ جار فى جميع الصور ، لكن لكل صورة عبارة تليق بها فلذا قال وقس عليه الخ وإن ضمير عليه راجع إليه لا إلى أم أخته وأخيه ، حتى يرد أنه لا معنى

وخالته ، وكذا عمة ولده وبنت عمته وبنت أخت ولده وأم أولاد أولاده فهؤلاء من الرضاع حلال للرجل وكذا أخو ابن المرأة لها ، فهذه عشر صور تصل باعتبار الذكورة والأنوثة إلى عشرين ،وباعتبار مايحل لهأولها إلىأربعين مثلا يجوز تزوجه بأم أخيه وتزوجها بأبي أخيها ، وكل منها يجوز أن يتعلق

لجعل البعض مقيسا والبعض مقيسا عليه فافهم (قوله وكذا عمة ولده) لم يذكروا خالة ولده لأنها حلال من النسب أيضا لأنها أخت زوجته بحر (قوله وبنت عمته) أى عمة ولده وتحرم من النسب لأنها بنت أخته ، وأما بنت عمة نفسه فإنها حلال نسبا ورضاعا ط (قوله وبنت أخت ولده) وتحرم من النسب لأنها بنت بنته أو بنت ربيبته ط (قوله للرجل) متعلق بالمستثنى فى قوله إلا أم أخته الخ يعنى أن شيئا من النسوة المذكورات لايحرم للرجل إذا كانت من الرضاع اهـ ح عن المنح، وهذا بالنظر إلى المتن وإلا فهو متعلق بقول الشارح حلال (قوله وكذا أخو ابن المرأة لها) فى ذكر هذه العاشرة نظر ، فإنها من مقابلات التسعة لاقسم مباين للتسعة كما سنبينه أفاده ح (قوله باعتبار الذكورة والأنوثة) أى فى المضاف إليه ، فتصير مع الذكورة أم أخيه وأخت ابنه وجدة ابنه وأم عمه وأم خاله وعمة ابنه وبنت عمة ابنه وبنت أخت ابنه وأم ولد ابنه ، ومع الأنوثة أم أخته وأخت بنته وجدة بنته وأم عمته وأم خالته وعمة بنته وبنت عمة بنته وبنت أخت بنته وأم ولد بنته اهـ ح فهذه ثمانية عشر ، وعدها عشرين بالنظر إلى العاشرة المكررة (قوله وباعتبار مايحل له) أى إذا نسب الحل للرجل ، بأن يقال : تحل له أم أخيه وأخت ابنه إلى آخر الأمثلة المذكورة (قوله أولها) أى إذا نسب الحل لها ، بأن يقال: يحل لها أبو أخيها وأخو ابنها وجد ابنها وأبو عمها وأبو خالها وخالولدها وابن خالة ولدها وابن أخت ولدها وابن ولد ولدها،وإنما قلناوخالولدها وابن خالة ولدها ، وكان القياس أن نقول وعم ولدها وابن عمة ولدها لأنهما لايحرمان عليهما من النسب أيضا كما صرح به فى البحر أفاده ح . وأفادط أنه يمكن تقرير المقام بحل آخر ، فيقال فى مقابلة تزوجه أم أخيه وأخته تزوجها أخا ابنها وبنتها ، وفى أخت ابنه أو بنته أبو أخيها أو أختها ، وفى جدة ابنه أو بنته جد ابنها أو بنتها ، وفى أم عمه ابن أخى ابنها ، وفى أم عمته ابن أخى بنتها ، وفى أم خاله ابن أخت ابنها، وفى أم خالته ابن أخت بنتها وفى عمة ولده عم ولدها،وفى بنت عمة ولده خالها، وفى مقابلة تزوجها بأخى ابنها تزوجه بأم أخيه وهىالمكررة اهـ لـكن الصواب فى الثامنة والتاسعة أن يقال :وفى عمة ولده أبو ابن أخيها، وفى بنت عمة ولده أبو ابن خالها فافهم . والذى قرره ح هو الذى فى البحر ، وهو الأوفق لقول الشارح وتزوجها بأبى أخيها .

وحاصله أن تبدل المضاف الأول المؤنث بمذكر مقابل له وتبدل الضمير المذكر بضمير المؤنث، فتبدل الأم بالأب والأخت بالأخ والجدة بالجد وهكذا وتذكر الضمير ،فتقول فى أم أخيه أبو أخيها،وفى أخت ابنه أخو ابنها وفى جدة ابنه جد ابنها الخ .

وحاصل التقرير الثانى أن تنظر إلى كل صورة،وتنظر إلى نسبة المرأة فيها إلى الزوج فتسميها باسم تلك النسبة ؛ مثلا إذا تزوج أم أخيه أو أخته تـكون المرأة قد تزوجت أخا ابنها أو بنتها ، وإذا تزوج أخت ابنه أو بنته تـكون قد تزوجت أبا أخيها أو أختها وهكذا ، ولا يخفى أن هذا تـكرار محض وإنما اختلف بالتعبير فقط فافهم (قوله وتزوجها بأبى أخيها) كذا فى بعض النسخ،ومثله فى البحر ، وهو الأوفق لما قرره ح كما علمت . وفى بعض النسخ بابن أخيها ، وهو كذلك فى النهر ولا وجه له ، فإن هذا لايقابل تزوجه بأم أخيه على التقريرين المارين . ووقع فى بعض نسخ البحر التعبير بأخى ابنها ، وهو موافق لما قرره ط كما مر ، وفيه ماعلمت (قوله وكل منها) أى من الأربعين ح . وفى بعض النسخ :منهما بضمير التثنية : أى كل من الاعتبارين اللذين بلغ العدد فيهما أربعين فافهم

الجار والمجرور أعنى من الرضاع تعلقا معنويا بالمضاف كالأم كأن تكون له أخت نسبية لها أم رضاعية ، أو بالمضاف إليه كالأخ كأن يكون له أخ نسبي له أم رضاعية ، أو بهما كأن يجتمع مع آخر على ثدى أجنبية ولأخيه رضاعا أم أخرى رضاعية فهى مائة وعشرون وهذا من خواص كتابنا .

(وتحل أخت أخيه رضاعا) يصح اتصاله بالمضاف كأن يكون له أخ نسبي له أخت رضاعية ، وبالمضاف إليه كأن يكون لأخيه رضاعا أخت نسبا وبهما وهو ظاهر (و) كذا (نسبا) بأن يكون لأخيه لأبيه أخت لأم ، فهو متصل بهما لا بأحدهما للزوم التكرار كما لايخفى .

(ولا حل بين رضيعى امرأة) لكونهما أخوين وإن اختلف الزمن والأب (ولا) حل (بين الرضيعة وولد مرضعتها) أى التى أرضعتها (وولد ولدها) لأنه ولد الأخ (ولبن بكر بنت تسع سنين) فأكثر (محرم)

(قوله الجار والمجرور) أى المقدر بعد الاستثناء المدلول عليه بالمستثنى منه ، والتقدير : فيحرم من الرضاع مايحرم من النسب إلا أم أخيه من الرضاع فإنها لا تحرم اهـ ح (قوله تعلقا معنويا) على أنه صفة أو حال لأنه معرفة غير محضة ، لأن التعريف الإضافى هنا كالتعريف الجنسى ، وأما تعلقه الصناعى فباستقرار محذوف وجوبا ، وتمام ذلك فى ح عن البحر (قوله كالأخ) الأولى أن يقول كالأخت ، أو يقول فى الأول كأن يكون له أخ نسبى ، إلا أن يقال مراده التنويع فى المضاف إليه ذكورة وأنوثة ح (قوله كأن يكون له أخ نسبى له أم رضاعية) تبع فى هذه العبارة النهر . قال ح : وصوابه كأن يكون له أخ رضاعى له أم نسبية كما لا يخفى (قوله وهذا من خواص كتابنا) اعلم أن ابن وهبان فى شرح منظومته أوصلها إلى نيف وستين ، وبينها صاحب البحر وزاد عليها حتى أوصلها إلى إحدى وثمانين وقال إنه من خواص هذا الكتاب ، وأصلها فى النهر إلى مائة وثمانية وقال إنها من خواص كتابه ، فأراد الشارح أن يوصلها إلى مائة وعشرين بزيادة العاشرة من الصور لتكون من خواص كتابه كما قال لكنها ما تمت له أفاده ح أى بل بقى العدد مائة وثمانية (قوله وهو ظاهر) كأن يكون له أخ رضاعى رضع مع بنت من امرأة أخرى (قوله فهو) أى قوله نسبا ط (قوله للزوم التكرار) لأنه إذا اتصل بالمضاف فقط كان المضاف إليه من الرضاع أو بالمضاف إليه فقط كان المضاف من الرضاع ، وهما داخلان فى قوله وتحل أخت أخيه رضاعا ح (قوله لكونهما أخوين) أى شقيقين إن كان اللبن الذى شرباه منها لرجل واحد أو لأم إن لم يكن كذلك ، وقد يكونان لأب كما إذا كان لرجل امرأتان وولد تامنه فأرضعت كل واحدة صغيرا فإن الصغيرين أخوان لأب ، حتى لو كان أحدهما أنثى لايحل النكاح بينهما كما ذكره مسكين ح (قوله وإن اختلف الزمن) كأن أرضعت الولد الثانى بعد الأول بعشرين سنة مثلا وكان كل منهما فى مدة الرضاع (قوله وولد مرضعتها) أى من النسب ، أما الذى من الرضاع فإنه وإن كان كذلك لكنه فهم حكمه من قوله ولا حل بين رضيعى امرأة ح وأطلقه فأفاد التحريم وإن لم ترضع ولدها النسبى ، بخلاف ما إذا كان الولدان أجنبيين فإنه لابد من ارتضاعهما من امرأة واحدة كما أفادته الجملة الأولى ولهذا لم يستغن بها عن هذه الجملة ، ومافى البحر والمنح رده فى النهر ، وشمل أيضا مالو ولدته قبل إرضاعها للرضيعة أو بعده ولو بسنين .

[فرع] فى البحر عن آخر المبسوط : لو كانت أم البنات أرضعت أحد البنين وأم البنين أرضعت إحدى البنات لم يكن للابن المرتضع من أم البنات أن يتزوج واحدة منهن وكان لإخوته أن يتزوجوا بنات الأخرى إلا الابنة التى أرضعتها أمهم وجدها لأنها أختهم من الرضاعة (قوله أى التى أرضعتها) تفسير للمضاف إلى الضمير (قوله ولبن بكر) المراد بها التى لم تجامع قط بنكاح أو سفاح وإن كانت العذرة غير باقية كأن زالت بنحو وثبة حموى والحرمة

وإلا لاجوهرة (وكذا) يحرم (لبن ميتة) ولو محلوبا ، فيصير ناكحها محرما للميتة فييممها ويدفنها بخلاف وطئها، وفرق بوجود التغذى لا اللذة (ومخلوط بماء أودواء أو لبن أخرى أولبن شاة إذا غلب لبن المرأة وكذا إذا استويا) إجماعا لعدم الأولوية جوهرة ، وعلق محمد الحرمة بالمرأتين مطلقا ، قيل وهو الأصح (لا) يحرم (المخلوط بطعام) مطلقا وإن حساه حسوا

لاتتعدى إلى زوجها ، حتى لو طلقها قبل الدخول له التزوج برضيعتها لأن اللبن ليس منه قهستانى ط ؛أمالوطلقها بعد الدخول فليس له التزوج بالرضيعة لأنها صارت من الربائب التى دخل بأمها بحر عن الخانية (قوله وإلا لا) أى وإن لم تبلغ تسع سنين فنزل لها لبن لايحرم جوهرة ،لأنهم نصوا على أن اللبن لايتصور إلا ممن تتصور منه الولادة فيحكم بأنه ليس لبنا ، كما لو نزل للبكر ماء أصفر لايثبت من إرضاعه تحريم كما فى شرح الوهبانية (قوله ولو محلوبا) سواء حلب قبل موتها فشربه الصبى بعد موتها أو حلب بعد موتها بحر (قوله فيصير ناكحها) أى ناكح الرضيعة المعلومة من المقام أفاده ح (قوله محرما للميتة) لأنها أم امرأته بحر (قوله فييممها) أى بلاخرقة إذا ماتت بين رجال فقط ، أما غير المحرم فييممها بخرقة ، وقيل تغسل فى ثيابها أفاده ط (قوله ويدفنها) لأن الأولى بالدفن المحارم ط (قوله بخلاف وطئها) أى الميتة فإنه لايتعلق به حرمة المصاهرة (قوله وفرق بوجود التغذى لا اللذة) لأن المقصود من اللبن التغذى والموت لا يمنع منه ، والمقصود من الوطء اللذة المعتادة وذلك لايوجد فى الميتة بحر عن الجوهرة ، وإذا انتفت اللذة المعتادة بالوطء لكون الميتة ليست محلاله عادة صارت كالبهيمة بل أبلغ ، لأن الموت منفر طبعا فيلزم انتفاء قصد الولد الذى هو فى الحقيقة علة حرمة المصاهرة ، فالمراد نفى اللازم بانتفاء الملزوم فلا يرد أن اللذة ليست هى العلة فافهم (قوله ومخلوط) عطف على لبن ميتة : أى وكذا يحرم لبن امرأة مخلوط بماء الخ اه ح . ومثل الماء كل مائع بل والجامد كذلك ، أفاده فى النهر ط (قوله إذا غلب لبن المرأة) أى على أحد المذكورات ، وفسر الغلبة فى أيمان الخانية من حيث الإجزاء . وقال هنا فسرها محمد فى الدواء بأن يغيره عن كونه لبنا . وقال الثانى إن غير الطعم واللون لا إن غير أحدهما نهر ، ونحوه فى البحر . ووفق فى الدر المنتقى فقال : تعتبر الغلبة بالإجزاء فى الجنس ، وفى غيره بتغير طعم أو لون أو ريح كما روى عن أبى يوسف اه إلا أنه اعتبر التغير فى غير الجنس بوصف واحد والمذكور آنفا أنه لايعتبر إلا إذا غير الطعم واللون ، نعم يوافقه مافى الهندية من اعتبار أحد الأوصاف إلا أنه لم يعزه لأبى يوسف ط (قوله وكذا إذا استويا) أى لبن المرأة وأحد المذكورات ح (قوله لعدم الأولوية) علة لاستواء لبن المرأتين ، وأفاد به ثبوت التحريم منهما . وأما علة استواء لبن المرأة مع الباقى فهى أن لبنها غير مغلوب فلم يكن مستهلكا كما فى البحر (قوله وعلق محمد الخ) مقابل لما أفاده كلام المصنف من أنه لوكان لبن إحدى المرأتين غالبا تعلق التحريم به فقط ، ولو استويا تعلق بهما (قوله مطلقا) أى تساويا أو غلب أحدهما لأن الجنس لايغلب الجنس ح (قوله قيل وهو الأصح) قال فى البحر : وهو رواية عن أبى حنيفة . قال فى الغاية : وهو أظهر وأحوط . وفى شرح المجمع : قيل إنه الأصح اه . وفى الشرنبلالية : ورجح بعض المشايخ قول محمد ، وإليه مال صاحب الهداية لتأخيره دليل محمد كما فى الفتح اه ح (قوله مطلقا) أى سواء كان غالبا أو مغلوبا عند الإمام . وقال : إن كان غالبا يحرم ، والخلاف مقيد بالذى لم تمسه النار ، فإذا طبخ فلا تحريم مطلقا اتفاقا ، وبما إذا كان الطعام ثخينا ، أما إذا كان رقيقا يشرب اعتبرت الغلبة اتفاقا ، قيل وبما إذا لم يكن اللبن متقاطرا عند رفع اللقمة ، أما معه فيحرم اتفاقا ، والأصح عدم اعتبار التقاطر على قوله نهر (قوله وإن حساه حسوا) فى القاموس : حسا زيد المرق شربه شيئا بعد شىء بحر ، وما أفاده من أنه لايحرم وإن حساه مخالف لما ذكرناه آنفا

وكذا لو جبنه ، لأن اسم الرضاع لا يقع عليه بحر (و) لا (الاحتقان والإقطار فى أذن) وإحليل (وجائفة وآمة ، و) لا (لبن رجل) ومشكل إلا إذا قال النساء إنه لايكون على غزارته إلا للمرأة وإلا لا ، جوهرة (و) لا لبن (شاة) وغيرها لعدم الكرامة .

(ولو أرضعت الكبيرة) ولو مبانة

عن النهر ، وكذا ماجزم به فى الفتح من أن الطعام لو كان رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن إن غلب وأثبتنا الحرمة ، وكذا مافى الخانية : لو حساه حسوا تثبت الحرمة فى قولهم جميعا ، وكذا فى البحر عن المستصفى وقال إن وضع محمد فى الأكل يدل عليه اه أى يدل على أن الشرب محرم ، نعم نقل ح عن مجمع الأنهر عن الخانية أنه قيل إنه لاتثبت الحرمة بكل حال ، وإليه مال السرخسى وهو الصحيح كما فى أكثر الكتب اه .

قلت : والذى رأيته فى الخانية وكذا فى البحر عنها هو مانقلناه عنها آنفا وليس فيها ماذكره عن السرخسى ، والمنقول عن السرخسى ليس فى الحسو بل فى غيره . فنى الذخيرة : قيل إنما لاتثبت الحرمة على قول أبى حنيفة إذا كان لايتقاطر اللبن عند حمل اللقمة ، فلو يتقاطر تثبت ، وقيل لاتثبت وإليه مال شمس الأئمة السرخسى . وذكر شيخ الإسلام إنما لا تثبت على قول أبى حنيفة إذا أكل لقمة لقمة ، فلو حساه حسوا تثبت اهـ . فما قاله شمس الأئمة إنما هو عدم اعتبار التقاطر عند الأكل وهو الأصح كما مر عن النهر ، وصرح بتصحيحه أيضا فى الهداية وغيرها ، وكلامنا فيما إذا كان الطعام رقيقا يشرب حسوا ، وهذا تثبت به الحرمة كما سمعته ، ولم أر من صحح خلافه ؛ ولا يقال : يلزم من تقاطر اللبن عند رفع اللقمة أن يكون الطعام رقيقا يشرب ، لأنه لو كان كذلك لم يكن التقاطر من اللبن وحده بل يكون منهما معا ، فعلم أن المراد كون الطعام ثخينا لا يشرب ، ولفظ اللقمة مشعر بذلك أيضا فافهم (قوله وكذا لوجبنه) قال فى البحر : ولو جعل اللبن مخيضا أو رائبا أو شيرازا أو جبنا أوأقطا أو مصلا فتناوله الصبى لا تثبت به الحرمة لأن اسم الرضاع لايقع عليه ، وكذا لاينبت اللحم ولا ينشز العظم ولا يكتفى به الصبى فى الاغتذاء فلا يحرم اهـ ح .

وفى القاموس : اللبن المخيض ما أخذ زبده . والشيراز : اللبن الرائب المستخرج ماؤه . والأقط مثلث ويحرك : شىء يتخذ من المخيض الغنمى . والمصل : اللبن يوضع فى وعاء خوص أوخزف ليقطر ماؤه اهـ ط (قوله ولا الاحتقان) فى المصباح : حقنت المريض إذا أوصلت الدواء إلى باطنه من مخرجه بالمحقنة واحتقن هو والاسم الحقنة مثل الغرفة من الاغتراف ، ثم أطلقت على مايتداوى به والجمع حقن مثل غرفة وغرف اهـ بحر .

والمناسب أن يقال ولا الحقن أى حقن الصبى باللبن إذ الاحتقان من احتقن ، وهو فعل قاصر والصبى لايحتقن بنفسه بل يحقنه غيره ، ولا يصح أخذه من احتقن المبنى للمجهول لأنه لايبنى من القاصر ، ولايلزم من تفسير الاحتقان فى تاج المصادر بعمل الحقنة تعديته للمفعول الصريح كالصبى . فى عبارة الهداية : حيث قال إذا احتقن الصبى خلافا لما فى النهاية والمعراج كما حققه فى الفتح ، وتنظير النهر فيه نظر فتدبر (قوله والإقطار) فى بعض النسخ الاقتطار من الافتعال ، والظاهر أنه تحريف (قوله وجائفة) الجراحة فى الجوف . والآمة بالمد والتشديد : الجراحة فى الرأس تصل إلى أم الدماغ (قوله ومشكل) أى خنثى مشكل (قوله إلا إذا قال الخ) لأنه حينئذ يتضح أنه امرأة كماذكروه فى باب الخنثى فيثبت به التحريم رحمتى (قوله وإلا لا) تكرار لأنه علم من إطلاق قوله ومشكل بدليل الاستثناء (قوله لعدم الكرامة) لأن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فلم تعتبر الشاة أم الصبى وإلا لكان الكبش أباه والأختية فرع الأمية ، وتمام تحقيقه فى الفتح (قوله ولو أرضعت الكبيرة) أطلقها فشمل المدخولة

(ضرتها) الصغيرة وكذا لو أوجره رجل فى فيها (حرمتا) أبدا إن دخل بالأم أو اللبن منه

وغيرها، وسواء كان لبنها منه أو من غيره وقع الإرضاع قبل الطلاق أو بعده فى عدة رجعى أو بائن بينونة صغرى أو كبرى ، فقوله ولو مبانة يفهم منه حكم الرجعية بالأولى ، لأن الزوجية قائمة من كل وجه ، ثم التقييد بها ليس احترازيا لأن أخت الكبيرة وأمها بنتها نسبا ورضاعا إن دخل بالكبيرة مثلها للزوم الجمع بين المرأة وبنت أختها فى الأول وبين الأختين فى الثانى وبين المرأة وبنت بنتها فى الثالث ، وليس له أن يتزوج بواحدة منهما قط ولا المرضعة أيضا ، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فى الثالث فإن المرضعة لا تحل له لكونها أم امرأته ولا الكبيرة لكونها أم أم امرأته ، وتحل الصغيرة لكونها ابنة ابنة امرأته ولم يدخل بها ، وتمامه فى البحر ط (قوله ضرتها الصغيرة) أى التى فى مدة الرضاع ، ولا يشترط قيام نكاح الصغيرة وقت إرضاعها بل وجوده فيما مضى كاف لما فى البدائع : لو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها حرمت عليه لأنها صارت أم منكوحة كانت له فتحرم بنكاح البنت اهـ بحر ، وإن كان دخل بالأم حرمت الصغيرة أيضا ، لا لأنه صار جامعا بينهما ، بل لأن الدخول بالأمهات يحرم البنات ، والعقد على البنات يحرم الأمهات ، والرضاع الطارئ على النكاح كالسابق .

وفى الخانية : لو زوج أم ولده بعبده الصغير فأرضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لأن العبد صار ابنا للمولى فحرمت عليه لأنها كانت موطوءة أبيه وعلى المولى لأنها امرأة ابنه اهـ نهر (قوله وكذا لو أوجره) أى لبن الكبيرة رجل فى فيها أى الصغيرة ، وأشار إلى أن الحرمة لا تتوقف على الإرضاع بل المدار على وصول لبن الكبيرة إلى جوف الصغيرة ، فتبين كلاهما منه ، ولكل نصف الصداق على الزوج ، ويغرم الرجل للزوج نصف مهر كل واحدة منهما إن تعمد الفساد بأن أرضعها من غير حاجة ، بأن كانت شبعى ويقبل قوله إنه لم يتعمد الفساد بحر (قوله إن دخل بالأم) سواء كان اللبن منه أو من غيره ، وسواء وقع الإرضاع فى النكاح أو بعد الطلاق ولو بائنا ولو بعد العدة ، أما إذا كان اللبن منه ووقع الإرضاع فى النكاح أو عدة الرجعى أو البائن أو بعد العدة حرمتا أبدا وانفسخ النكاح فى الأولين ؛ أما حرمة الصغيرة فلأنها صارت بنته وبنت مدخولته رضاعا ، وأما حرمة الكبيرة فلأنها أم بنته وأم معقودته رضاعا . وإذا كان اللبن من غيره حرمتا أيضا وانفسخ النكاح فى الأولين ، أما حرمة الصغيرة فلأنها بنت مدخولته رضاعا ، وأما حرمة الكبيرة فلأنها أم معقودته رضاعا أفاده ح . وذكر فى البحر أن النكاح لا ينفسخ ، لأن المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد ، حتى لو وطئها قبل التفريق لا يحد ، نص عليه محمد فى الأصل اهـ . ثم قال : وينبغى أن يكون الفساد فى الرضاع الطارئ على النكاح أى كما هنا ؛ أما لو تزوجها فشهدا أنها أخته ارتفع النكاح ، حتى لو وطئها يحد ولها التزوج بعد العدة من غير متاركة اهـ . قال الرملى : لكن سيأتى أنه لا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضى فراجعه وتأمل اهـ (قوله أو اللبن منه) هذا يقتضى إمكان انفراد كون اللبن منه عن كونها مدخولة ، وهو فاسد لأنه يلزم من كون اللبن منه أن تكون مدخولة . وفى نسخة واللبن منه بالواو ، وهى فاسدة أيضا لأنها تقتضى عدم حرمتها إذا كانت مدخولة واللبن من غيره ، وهو ظاهر البطلان فالصواب إسقاطها اهـ ح .

قلت : والشارح متابع للبحر والنهر والمقدسى . وأجاب عنه ط بإمكان أن تكون حبلى من زناه بها فنزل لها لها لبن فأرضعتها به فقد حرمتا واللبن منه مع عدم تحقيق الدخول اهـ وفيه أن الحبل من الزنى دخول بها ، وحمل الدخول المذكور على الدخول فى النكاح اللاحق لا فائدة فيه بعد تحقق الدخول فى الزنى السابق . وأجاب السائحانى بالحمل على ما إذا طلق ذات لبنه ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر وبقى لبنها فأرضعت به ضرتها وفيه ما علمت .

وإلا جاز تزوج الصغيرة ثانيا (ولا مهر للكبيرة إن لم توطأ) لمجيء الفرقة منها (وللصغيرة نصفه) لعدم الدخول (ورجع) الزوج (به على الكبيرة) وكذا على الموجر (إن تعمدت الفساد) بأن تكون عاقلة طائعة متيقظة عالمة بالنكاح وبإفساد الإرضاع ولم تقصد دفع جوع أو هلاك (وإلا لا) لأن التسبب يشترط فيه التعدى ، والقول لها إن لم يظهر منها تعمد الفساد معراج .

(طلق ذات لبن فاعتدت وتزوجت) بآخر (فحبلت وأرضعت فحكمه من الأول) لأنه منه بيقين فلا يزول بالشك ويكون ربيبا للثانى (حتى تلد) فيكون اللبن من الثانى ، والوطء بشبهة كالحلال ، قيل وكذا الزنى ، والأوجه لا فتح .

والأحسن الجواب بأن قوله إن دخل بالأم على تقدير قولنا واللبن من غيره ؛ وقوله أو اللبن منه عطف على هذا المقدر وهو القرينة على هذا التقدير لتحصل المقابلة بين المتعاطفين ؛ ولو قال واللبن منه أولا لكان أوضح وأولى (قوله وإلا) أى وإن لم تكن مدخولة ولبنها حينئذ من غيره قطعا ، وهذا شامل لما إذا كان الإرضاع قبل الطلاق أو بعده ، فإن كان قبله انفسخ نكاحهما لكونه جامعا بين البنت وأمها رضاعا . وله أن يعيد العقد على البنت لعدم الدخول بالأم ، وإن كان بعده لاينفسخ نكاح البنت ، وحرمت الأم أبدا فى الصورتين للعقد على البنت ، وكلام الشارح قاصر على الصورة الأولى اهـ ح (قوله إن لم توطأ) فلو وطئت لها كمال المهر مطلقا ، لكن لا نفقة لها فى هذه العدة إذا جاءت الفرقة من قبلها وإلا فلها النفقة بحر (قوله لمجيء الفرقة منها) فصار كردتها ، وبه يعلم أنها لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء إضافة الفرقة إليها بحر (قوله لعدم الدخول) تعليل لتنصيف المهر ، وأما علة أصل استحقاقها له فهى وقوع الفرقة لامن جهتها ، والارتضاع وإن كان فعلها وبه وقع الفساد لكن لايؤثر فى إسقاط حقها لعدم خطابها بالأحكام كما لو قتلت مورثها ، ولأنها مجبورة طبعا عليه ، وإنما سقط مهرها بإرتداد أبويها ولحاقها بهما مع أنها لافعل منها أصلا لأن الردة محظورة فى حق الصغيرة أيضا ، وإضافة الحرمة إلى ردتها التابعة أبويها والارتضاع لاحاظر فيستحق النظر فتستحق المهر اهـ ملخصا من الفتح وغيره (قوله لعدم الدخول) إذ لا يتأتى فى الرضيعة (قوله وكذا على الموجر) أى يرجع الزوج عليه بما لزم الزوج وهو نصف صداق كل منهما كما قدمناه بحر ، وقدمنا عنه أيضا أن الشرط فيه أيضا تعمد الفساد (قوله إن تعمدت الفساد) قيد فى الرجوع عليها ، أما سقوط مهرها قبل الوطء فلا يشترط له تعمد الفساد ط عن أبى السعود (قوله بأن تكون عاقلة) فلا رجوع على المجنونة والمكرهة والنائمة . وفيه أن اشتراط العلم يغنى عن قوله عاقلة متيقظة ، أفاده فى النهر (قوله ولم تقصد الخ) فلو أرضعتها على ظن أنها جائعة ثم ظهر أنها شبعانة لا تكون متعمدة بحر (قوله يشترط فيه) أى فى التضمين به التعدى كحافر البئر ، إن كان فى ملكه لايضمن وإلا ضمن ، وتمامه فى البحر (قوله والقول لها) أى فى أنها لم تتعمد مع يمينها بحر (قوله طلق ذات لبن) أى منه ، بأن ولدت منه ؛ لأنه لو تزوج امرأة ولم تلد منه قط ونزل لها لبن وأرضعت ولدا لايكون الزوج أبا للولد ، لأن نسبته إليه بسبب الولادة منه ، وإذا انتفت النسبة فكان كلبن البكر ، ولهذا لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم در فأرضعته صبية فإن لابن زوج المرضعة التزوج بهذه الصبية ، ولو كان صبيا كان له التزوج بأولاد هذا الرجل من غير المرضعة بحر عن الخانية (قوله ويكون ربيبا للثانى) فيحل له التزوج ببنات الثانى من غير المرضعة بحر (قوله والوطء بشبهة كالحلال) صورته : وطئت امرأة بشبهة فحبلت وولدت ثم تزوجت ثم أرضعت صبيا كان ابنا للواطىء بشبهة لا للزوج ، ومثله صورة الزنى اهـ ح (قوله فتح) وذلك حيث قال ولبن الزنى كالحلال ، فإذا أرضعت به بنتا حرمت على الزانى وآبائه وأبنائه وإن سفلوا

(قال) لزوجته (هذه رضيعتى ثم رجع) عن قوله (صدق) لأن الرضاع مما يخفى فلا يمنع التناقض فيه (ولو ثبت عليه ، بأن قال) بعده (هو حق كما قلت ونحوه) هكذا فسر الثبات فى الهداية وغيرها

وفى التجنيس عن الجرجانى : ولعم الزانى التزوج بها كالمولودة من الزانى لأنه لم يثبت نسبها من الزانى ، والتحريم على آباء الزانى وأولاده للجزئية ولا جزئية بينها وبين العم ، وإذا ثبت هذا فى المتولدة من الزنى فكذا فى المرضعة بلبن الزنى : قال فى الخلاصة : وكذا لو لم تحبل من الزنى وأرضعت لابلبن الزنى تحرم على الزانى كما تحرم بنتها عليه .

وذكر الوبرى أن الحرمة تثبت من جهة الأم خاصة مالم يثبت النسب ، فحينئذ تثبت من الأب ، وكذا ذكر الإسبيجابى وصاحب الينابيع ، وهو أوجه لأن الحرمة من الزنى للبعضية وذلك فى المولود نفسه لأنه مخلوق من مائه دون اللبن ، إذ ليس اللبن كائنا من منيه لأنه فرع التغذى، وهو لايقع إلا بما يدخل من أعلى المعدة لامن أسفل البدن كالحقنة فلا إنبات فلا حرمة ، بخلاف ثابت النسب لأن النص أثبت الحرمة منه . وإذا ترجح عدم حرمة الرضيعة بلبن الزانى على الزانى فعدمها على من ليس اللبن منه أولى ، خلافا لما فى الخلاصة ولأنه يخالف المسطور فى الكتب المشهورة إذ يقتضى تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى اه . كلام الفتح ملخصا .

وحاصله أن فى حرمة الرضيعة بلبن الزنى على الزانى وكذا على أصوله وفروعه روايتين كما صرح به القهستانى أيضا ، وإن الأوجه رواية عدم الحرمة ، وإن مافى الخلاصة من أنها لو رضعت لابلبن الزانى تحرم على الزانى . مردود لأن المسطور فى الكتب المشهورة أن الرضيعة بلبن غير الزوج لاتحرم على الزوج كما تقدم فى قوله طلق ذات لبن الخ . وكلام الخلاصة يقتضى تحريمها بالأولى ، ومافى الفتاوى إذا خالف مافى المشاهير من الشروح لايقبل هذا تقرير كلام الفتح ،وقد وقع فى فهمه خبط كثير منه ماادعاه فى البحر من أن محل الخلاف أصول الزانى وفروعه وأنها لاتحل للزانى اتفاقا اه .

والحاصل كما قال فى البحر أن المعتمد فى المذهب أن لبن الزانى لايتعلق به التحريم ، وظاهر المعراج والخانية أن المعتمد ثبوته اه .

قلت : وذكر فى شرح المنية أنه لايعدل عن الدراية إذا وافقتها رواية ، وقد علمت أن الوجه مع رواية عدم التحريم (قوله قال لزوجته) التقييد بالزوجة لقوله بعده فرق بينهما ، وإلا فقوله ذلك لأجنبية قبل العقد عليها كذلك (قوله هكذا فسر الثبات فى الهداية وغيرها) أتى بذلك للرد على من جعل تكرار الإقرار ثباتا أيضا مثل قوله هو حق ونحوه ، وجزم فى البحر بأنه ليس مثله ، وهذه المسألة صارت واقعة الفتوى فى زمن العلامة عبدالبر ابن الشحنة ، خالفه فيها بعض معاصريه وعقد لها مجالس عديدة بأمر السلطان قايتباى وكتب خطوط العلماء من المذاهب الأربعة كما ذكره المقدسى فى شرحه ، وسرد فيه نصوص أئمتنا . ثم قال : ظاهر هذه العبارات أن الثبات على الإقرار المانع عن الرجوع هوأن يقول ،اقلته حق أوما أقررت به ثابت وأما تكرار الإقرار فلا يكون مانعا اه وقد لوّح المصنف فى مسائل شتى من المنح آخر الكتاب إلى تلك الواقعة ،وأنها عرضت على شيخ الإسلام زكريا الشافعى فأجاب بما فيه كفاية اه .

قلت : ورأيتها فى فتاوى شيخ الإسلام زكريا فقال بعد عرض النقول من كلام أئمتنا ماصورته : صريح هذه النقول ومنطوقها مع العلم بوقوع العطف التفسيرى فى الكلام الفصيح ومع النظر إلى ماهو واجب من الجمع

(فرق بينهما وإن أقرت) المرأة بذلك (ثم أكذبت نفسها وقالت أخطأت وتزوجها جاز كما لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها) وإن أصرت عليه لأن الحرمة ليست إليها . قالوا : وبه يفتى فى جميع الوجوه بزازية .

ومفاده أنها لو أقرت بالثلاث من رجل

بين كلام الأئمة المذكورين وغيرهم، ومن النظر إلى المعنى المفهوم من كلامهم شاهد بأن المراد بالثبات والدوام والإصرار واحد بأن المقر بأخوة الرضاع ونحوها إن ثبت على إقراره لايقبل رجوعه عنه وإلا قبل ، وبأن الثبات عليه لايحصل إلا بالقول بأن يشهد على نفسه بذلك ، أو يقول هو حق، أوكما قلت أومافى معناه؛ كقوله هوصدق أوصواب أوصحيح أولاشك فيه عندى، إذ لاريب أن قوله صدق آكد من قوله هو كماقلت فكلام من جمع بين هو حق وكماقلت كمافعل السراج الهندى محمول على التأكيد ، وكلام من اقتصر على بعضها ولو بطريق الحصر مؤول بتقدير أو مافى معناه كما قلنا فى قوله تعالى — قل إنما يوحى إلىّ أنما إلهكم إله واحد — وقوله صلى الله عليه وسلم « إنما الربا فى النسيئة » وليس فى منطوق النصوص المذكورة أن التكرار يقوم مقام قوله هو حق أو مافى معناه حتى يمتنع الرجوع بعده ، نعم يؤخذ من قول صاحب المبسوط : ولكن الثابت على الإقرار كالمجدد له بعد العقد أنه إذا أقر بذلك قبل العقد ثم أقر به بعده يقوم مقام ذلك اه :

قلت : لكن مراد صاحب المبسوط بقوله كالمجدد الخ أى مع الثبات ، لأن مراده بيان أن الإقرار قبل العقد بمنزلة الإقرار بعده فى إثبات الحرمة لأن عبارته هكذا : ولكن الثابت على الإقرار كالمجدد له بعد العقد وإقراره بالحرمة بعد العقد صحيح موجب للفرقة ، فكذلك إذا أقر به قبل العقد وثبت عليه حتى تزوجها . ثم قال فى مسألة الإقرار بعد العقد : ولو ثبت على هذا النطق وقال هو حق وشهدت عليه الشهود بذلك فرقت بينهما اه .

وفى البدائع : أما الإقرار ، فهو أن يقول لامرأة تزوجها هى أختى من الرضاع ويثبت على ذلك ويصرّ عليه فيفرق بينهما ، وكذلك إذا أقر بهذا قبل النكاح وأصر على ذلك ودام عليه لايجوز له أن يتزوجها اه .

قلت : ووجه ذلك أن الرضاع لما كان مما يخفى لأنه لايعلمه إلا بالسماع من غيره لم يمنع التناقض فيه لاحتمال أنه لما أقر به بناء على ما أخبره به غيره تبين له كذبه فرجع عن إقراره ، ولا فرق فى ذلك بين كونه أقر مرة أو أكثر، بخلاف ماإذا شهد على إقراره أوقال هوحق أو نحوه فإنه يدل على علمه بصدق المخبر وأنه جازم به فلا يقبل رجوعه بعده (قوله فرق بينهما) أى ولو جحد بعد ذلك لأن شرط الفرقة وهو الثبات قد وجد فلا ينفعه الجحود بعده ذخيرة (قوله جاز) أى صح النكاح (قوله لأن الحرمة ليست إليها) أى لم يجعلها الشارع لها فلا يعتبر إقرارها بها ط (قوله فى جميع الوجوه) أى سواء أقرت قبل العقد أولا ، وسواء أصرت عليه أولا ، بخلاف الرجل فإن إصراره مثبت للحرمة كما علمت .

ويفهم مما فى البحر عن الخانية أن إصرارها قبل العقد مانع من تزوجها به ، ونحوه فى الذخيرة لكن التعليل المذكور يؤيد عدمه (قوله بزازية) ذكر ذلك فى البزازية آخر كتاب الطلاق حيث قال : قالت لرجل : إنه أبى رضاعا وأصرت عليه يجوز أن يتزوجها إذاكان الزوج ينكره ، وكذا إذا أقربه ثم أكذبته فيه لايصدق على قولها لأن الحرمة ليست إليها، حتى لو أقرت به بعد النكاح لايلتفت إليه، وهذا دليل على أن لها أن تزوج نفسها منه فى جميع الوجوه ، وبه يفتى اه (قوله ومفاده الخ) هذا ذكره فى الخلاصة عن الصغرى للصدر الشهيد بلفظ:

حل لها تزوجه (أو أقرا بذلك جميعا ثم أكذبا أنفسهما وقالا) جميعا (أخطأنا ثم تزوجها) جاز (وكذا) الإقرار (فى النسب ليس يلزمه إلا ماثبت عليه) فلو قال : هذه أختى أو أمى وليس نسبها معروفا ثم قال وهمت صدق ، وإن ثبت عليه فرق بينهما (و) الرضاع (حجته حجة المال) وهى شهادة عدلين أو عدل وعدلتين ، لكن لا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضى

وفيه دليل على أنها لو ادعت الطلقات الثلاث وأنكر الزوج حل لها أن تزوج نفسها منه ، وذكره فى البزازية آخر الطلاق بقوله قالت طلقنى ثلاثا ثم أرادت تزويج نفسها منه ليس لها ذلك أصرت عليه أو أكذبت نفسها ، ونص فى الرضاع على أنها إذا قالت هذا ابنى رضاعا وأصرت عليه جاز له أن يتزوجها لأن الحرمة ليست إليها . قالوا وبه يفتى فى جميع الوجوه اهـ كلام البزازية ، فقوله ونص الخ يريد به الاستدلال على أن لها التزوج به فى مسألة الطلاق كما فعل فى الخلاصة ، وبهذا يعلم مافى كلام الشارح قبيل باب الإيلاء حيث ذكر عبارة البزازية هذه وأسقط قوله ونص فى الرضاع الخ (قوله حل لها تزوجه) لأن الطلاق فى حقها مما يخفى لاستقلال الرجل به فصح رجوعها نهر أى حل فى الحكم ، أما فيما بينها وبين الله تعالى فلا إذا كانت عالمة بالثلاث ح (قوله أو أقرا بذلك) أى بأخوة الرضاع أى ولم يصر الرجل على إقراره فإنه إذا أصر لاينفعه إكذاب نفسه بعده كما مر (قوله وإن ثبت عليه فرق بينهما) أى إذا لم يكن لها نسب معروف وكانت تصلح أماله أو بنتاله فيفرق بينهما لظهور السبب بإقراره مع إصراره . وإن كان لها نسب معروف أو لاتصلح أما له أو بنتاله لايفرق بينهما وإن دام على ذلك لأنه كاذب فى فى إقراره بيقين بدائع (قوله حجته الخ) أى دليل إثباته وهذا عند الإنكار لأنه يثبت بالإقرار مع الإصرار كما مر (قوله وهى شهادة عدلين الخ) أى من الرجال . وأفاد أنه لايثبت بخبر الواحد امرأة كان أو رجلا قبل العقد أو بعده ، وبه صرح فى الكافى والنهاية تبعا ، لما فى رضاع الخانية : لو شهدت به امرأة قبل النكاح فهو فى سعة من تكذيبها ، لكن فى محرمات الخانية إن كان قبله والمخبر عدل ثقة لايجوز النكاح ، وإن بعده وهما كبيران فالأحوط التنزه ، وبه جزم البزازى معللا بأن الشك فى الأول وقع فى الجواز ، وفى الثانى فى البطلان والدفع أسهل من الرفع .

ويوفق بحمل الأول على ماإذا لم تعلم عدالة المخبر أو على مافى المحيط من أن فيه روايتين ، ومقتضاه أنه بعد العقد لايعتبر اتفاقا ، لكن نقل الزيلعى عن المغنى وكراهية الهداية أن خبر الواحد مقبول فى الرضاع الطارئ بأن كان تحته صغيرة فشهدت واحدة بأن أمه أو أخته أرضعتها بعد العقد .

قلت : ويشير إليه مامر من قول الخانية وهما كبيران ، لكن قال فى البحر بعد ذلك : إن ظاهر المتون أنه لايعمل به مطلقا ، فليكن هو المعتمد فى المذهب .

قلت : وهو أيضا ظاهر كلام كافى الحاكم الذى هو جمع كتب ظاهر الرواية ، وفرق بينه وبين قبول خبر الواحد بنجاسة الماء أو اللحم ، فراجعه من كتاب الاستحسان .

[تنبيه] فى الهندية : تزوج امرأة فقالت امرأة أرضعتكما فهو على أربعة أوجه : إن صدقاها فسد النكاح ولامهر إن لم يدخل ، وإن كذباها وهى عدلة فالتنزه المفارقة والأفضل له إعطاء نصف المهر لو لم يدخل ، والأفضل لها أن لاتأخذ شيئا ؛ ولو دخل فالأفضل دفع كماله والنفقة والسكنى ، والأفضل لها أخذ الأقل من مهر المثل والمسمى لا النفقة والسكنى ويسعه المقام معها ، وكذا لو شهد غير عدول أو امرأتان أو رجل وامرأة ، وإن صدقها الرجل وكذبتها فسد النكاح والمهر بحاله وإن بالعكس لايفسد ولها أن تحلفه ويفرق إذا نكل اهـ (قوله وعدلتين) أى ولو إحداهما

لتضمنها حق العبد (وهل يتوقف ثبوته على دعوى المرأة ؛ الظاهر لا) لتضمنها حرمة الفرج وهى من حقوقه تعالى (كما فى الشهادة بطلاقها) .

ولو شهد عندها عدلان على الرضاع بينهما أو طلاقها ثلاثا وهو يجحد ثم ماتا أو غابا قبل الشهادة عند القاضى لايسعها المقام معه ولا قتله به يفتى ، ولا التزوج بآخر . وقيل لها التزوج ديانة شرح وهبانية .

[فروع] قضى القاضى بالتفريق برضاع بشهادة امرأتين لم ينفذ .

مص رجل ثدى زوجته لم تحرم .

تزوج صغيرتين فأرضعت كلا امرأة ولبنهما من رجل لم يضمنا وإن تعمدتا الفساد لعروضه بالأختية .

قبل الابن زوجة أبيه وقال تعمدت الفساد غرم المهر .

المرضعة ، ولا يضركون شهادتها على فعل نفسها لأنه لاتهمة فى ذلك كشهادة القاسم والوزان والكيال على رب الدين حيث كان حاضرا بحر .

قلت : ومافى شرح الوهبانية عن النتف من أنه لاتقبل شهادة المرضعة عند أبى حنيفة وأصحابه ؛ فالظاهر أن المراد إذا كانت وحدها احترازا عن قول مالك وإن أوهم نظم الوهبانية خلاف ذلك فتأمل (قوله لتضمنها) أى الشهادة حق العبد أى إبطال حقه وهو حل التمتع فلابد من القضاء أى إن لم توجد المتاركة لما فى النهر : الحاصل أن المذهب عندنا كماقال الزيلعى فى اللعان أن النكاح لايرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد ، حتى لو وطئها قبل التفريق لايجب عليه الحد اشتبه الأمر أولم يشتبه نص عليه فى الأصل وفى الفاسد لابد من تفريق القاضى أو المتاركة بالقول فى المدخول بها ، وفى غيرها يكتفى بالمفارقة بالأبدان كما مر اه (قوله الظاهر لا) كذا استظهره فى البحر مستندا لمسألة الطلاق المذكورة ، ومثلها الشهادة بعتق الأمة ونحوها من المسائل الأربعة عشر التى تقبل الشهادة فيها حسبة بلا دعوى ، وهى مذكورة فى قضاء الأشباه فتزاد هذه عليها (قوله ثم ماتا) أى الشاهدان (قوله لايسعها المقام معه) لأن هذه شهادة لو قامت عند القاضى يثبت الرضاع فكذا إذا أقامت عندها خانية (قوله وقيل لها التزوج ديانة) أشار إلى ضعفه ، لما فى شرح الوهبانية عن القنية عن العلاء الترجمانى أنه لايجوز فى المذهب الصحيح اه وجزم به الشارح فى آخر باب الرجعة فافهم (قوله قضى القاضى) أى المجتهد أوالمقلد كما لكى (قوله لم ينفذ) لأنه من المسائل التى لايسوغ فيها الاجتهاد وهى نيف وثلاثون مذكورة فى قضاء الأشباه (قوله مص رجل) قيد به احترازا عما إذا كان الزوج صغيرا فى مدة الرضاع فإنها تحرم عليه (قوله ولبنهما من رجل) أى واحد ، وقيد به ليتصور التحريم بين الصغيرتين لأنهما صارتا أختين لأب رضاعا أما لو كان لبن كل واحدة من رجل لم تحرم الصغيرتان ، والمراد بالرجل غير الزوج ، إذ لو كان لبنهما من الزوج ففى الفتح أن الصواب وجوب الضمان على كل منهما لأن كلا أفسدت ، لصيرورة كل صغيرة بنتاله ، خلافا لمن حرف المسألة وقال لبنهما منه بدل قوله من رجل اه (قوله لم يضمنا الخ) بخلاف مامر فيما لو أرضعت الكبيرة ضرتها متعمدة الفساد حيث ضمنت ، لأن فعل الكبيرة هناك مستقل بالإفساد فيضاف الافساد إليها ، أما هنا ففعل كل من الكبيرتين غير مستقل بها فلا يضاف إلى واحدة منهما ، لأن الفساد باعتبار الجمع بين الأختين منهما ، بخلاف الحرمة هناك لأنه للجمع بين الأم والبنت وهو يقوم بالكبيرة فتح ملخصا (قوله غرم المهر) أى يجب المهر على الأب ويرجع به على الابن والمسألة مذكورة فى الهندية فى المحرمات ، وقيدها بما إذا كانت الزوجة مكرهة وصدق الزوج أن التقبيل بشهوة لتقع الفرقة وإلا فالقول له اه ؛ وأما لو كانت مطاوعة فلا مهر لها ، لأن الفرقة جاءت من قبلها ثم ينبغى كما قاله

ولو وطئها وقال ذلك لا للزوم الحد فلم يلزم المهر .

كتاب الطلاق

(هو) لغة رفع القيد لـكن جعلوه فى المرأة طلاقا وفى غيرها إطلاقا ، فلذا كان أنت مطلقة بالسكون كناية ؛ وشرعا (رفع قيد النـكاح

الرحمتى أن يكون ذلك مقيدا بما قبل الدخول ، وأن المراد بالمهر نصفه ، أما بعد الدخول فلا غرم لأن المهر وجب بالدخول والأب قد استوفاه ؛ كما قالوا فى رجوع شاهدى الطلاق إن كان قبل الدخول غرما نصف المهر وإن بعده فلا غرم أصلا (قوله وقال ذلك) أى تعمدت الفساد (قوله لا) أى لايغرم مالزم الأب من نصف المهر بزازية وتعبيره بالنصف مؤيد لما قاله الرحمتى (قوله فلم يلزم المهر) لأنه لايجمع بين حد ومهر بزازية ، والله تعالى أعلم ، وله الحمد على ماعلم .

كتاب الطلاق

لما ذكر النكاح وأحكامه اللازمة والمتأخرة عنه شرع فيما به يرتفع ، وقدم الرضاع لأنه يوجب حرمة مؤبدة بخلاف الطلاق تقديما للأشد على الأخف بحر (قوله لـكن جعلوه الخ) عبارة البحر قالوا : إنه استعمل فى النكاح بالتطليق وفى غيره بالإطلاق ، حتى كان الأول صريحا والثانى كناية فلم يتوقف على النية فى طلقتك وأنت مطلقة بالتشديد ، ويتوقف عليها فى أطلقتك ومطلقة بالتخفيف اهـ . قال فى البدائع : وهذا الاستعمال فى العرف وإن كان المعنى فى اللفظين لايختلف فى اللغة ومثل هذا جائز كما يقال حصان وحصان فإنه بفتح الحاء يستعمل فى المرأة وبكسرها فى الفرس اهـ . والظاهر أنه أراد بالعرف عرف اللغة لأنه صرح فى محل آخر أن الطلاق فى اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح ، وصرح أيضا بما يدل على أن الطلاق فى اللغة صريح وكناية فافهم (قوله وشرعا رفع قيد النكاح) اعترضهم فى البحر بأمور :

الأول أنهم قالوا ركنه اللفظ المخصوص الدالّ على رفع القيد فينبغى تعريفه به ، لأن حقيقة الشىء ركنه ؛ فعلى هذا هو لفظ دال على رفع قيد النكاح .

الثانى أن القيد صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز كما فى البدائع ، فكان هـذا التعريف مناسبا للمعنى اللغوى لاالشرعى .

الثالث أنه كان ينبغى تعريفه بأنه رفع عقد النكاح بلفظ مخصوص ولو مآلا اهـ .

أقول : والجواب عن الأول أن الطلاق اسم بمعنى المصدر الذى هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ، أو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد كذا فى الفتح ، وتقدم أنه لغة رفع الوثاق مطلقا أى حسيا كوثاق البعير والأسير ، ومعنويا كما هنا وأن المعنى الشرعى مستعمل فى اللغة أيضا ، فقد ثبت أن حقيقة الطلاق الشرعى هو الحدث الذى هو مدلول المصدر لانفس اللفظ ، لـكن لما كان أمرا معنويا لايتحقق إلا بلفظه المستعمل فيه قيل إن ركنه اللفظ فليس اللفظ حقيقته بل دالّ عليه فلذا قال المصنف تبعا للفتح إنه رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص . وعن الثانى والثالث أن المراد بالقيد العقد ، ولذا قال فى الجوهرة : هو فى الشرع عبارة عن المعنى الموضوع لحل عقدة النكاح ، فقد فسره بالمعنى المصدرى كما قلنا أولا ، وعبر عن رفع القيد بحل العقدة أى بفك رابطة النكاح استعارة ، والمراد برفع العقد رفع أحكامه ، لأن العقود كلمات لاتبقى بعد التكلم بها كما حققه

فى الحال) بالبائن (أو المآل) بالرجعى (بلفظ مخصوص) هو مااشتمل على الطلاق ، فخرج الفسوخ كخيار عتق وبلوغ وردة فإنه فسخ لاطلاق، وبهذا علم أن عبارة الكنزوالملتقى منقوضة طردا وعكسا بحر (وإيقاعه مباح) عند العامة لإطلاق الآيات أكمل (وقيل) قائله الكمال (الأصح حظره) أى منعه (إلا لحاجة) كريبة وكبر ، والمذهب الأول كما فى البحر ،

فى التلويح فى بحث العلل، وعن هذا قال فى البدائع : وأما بيان مايرفع حكم النكاح فالطلاق ، وقال قبله : للنكاح الصحيح أحكام بعضها أصلى وبعضها من التوابع ؛ فالأول حل الوطء إلا لعارض . والثانى حل النظر وملك المتعة وملك الحبس وغير ذلك اه .

وأما ما أورد فى البحر من أن من آثار العقد العدة فى المدخول بها فلماذا لم يفسروه برفع العقد ، ففيه أن العدة ليست من أحكام النكاح لأنه غير موضوع لها ، وكونها من آثاره لاينافى وجودها بعد رفع أحكامه كما أن نفس الطلاق من آثار عقد النكاح ولا يصح أن يكون من أحكامه بيان ذلك أن العقود علل لأحكامها كما صرحوا به : وقالوا أيضا : إن الخارج المتعلق بالحكم إن كان مؤثرا فيه فهو العلة ، وإن كان مفضيا إليه بلا تأثير فهو السبب وإن لم يكن مؤثرا فيه ولا مفضيا إليه؛ فإن توقف عليه وجود الحكم فهو الشرط ، وإلا فإن دل عليه فهو العلامة وتمامه فى كتب الأصول . ولا شبهة أن عقد النكاح علة لحل الوطء ونحوه لالرفع الحل بل رفع الحل علته الطلاق لأنه وضع له ، نعم النكاح شرطه كما أن الطلاق شرط لوجوب العدة الواجبة لأجله فقد صرحوا فى باب العدة أن شرطها رفع النكاح أو شبهته ، فالنكاح شرط لانعقاد الطلاق شرطا للعدة فصح كونها من آثاره بهذا الاعتبار فافهم (قوله فى الحال بالبائن) متعلقان برفع (قوله أو المآل) أى بعد انقضاء العدة أو انضمام طلقتين إلى الأولى وعليه فلو ماتت فى العدة أو بعد ماراجعها ينبغى أن يتبين عدم وقوع الطلقة الأولى ؛ حتى لو حلف أنه لم يوقع عليها طلاقا قط لايحنث بحر . وفيه أن المراجعة تقتضى وقوع الطلاق ، فقد صرح الزيلعى وغيره بأن المراجعة بدون وقوع الطلاق محال مقدسى فالصواب فى تعريفه الشامل لنوعيه مافى القهستانى ، من أنه إزالة النكاح أو نقصان حله بلفظ مخصوص .

قلت : ولذا قال فى البدائع : أما الطلاق الرجعى فالحكم الأصلى له نقصان العدد ، فأما زوال الملك وحل الوطء فليس بحكم أصلى له لازم حتى لايثبت للحال بل بعد انقضاء العدة ، وهذا عندنا . وعند الشافعى زوال حل الوطء من أحكامه الأصلية له حتى لايحل له وطؤها قبل المراجعة (قوله هو مااشتمل على الطلاق) أى على مادة ط ل ق صريحا ، مثل أنت طالق ، أو كناية كمطلقة بالتخفيف وكانت ط ل ق وغيرهما كقول القاضى فرقت بينهما عند إباء الزوج الإسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فتح ، لكن قوله وغيرهما أى غير الصريح والكناية يفيد أن قول القاضى فرقت ، والكنايات ولفظ الخلع مما اشتمل على مادة ط ل ق وليس كذلك ، فالمناسب عطفه على ما اشتمل والضمير عائد على ماوثناه نظرا للمعنى لأنه واقع على الصريح والكناية (قوله فخرج الفسوخ الخ) قال فى الفتح: فخرج تفريق القاضى فى إبائها ، وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق ، وعدم الكفاءة ، ونقصان المهر فإنها ليست طلاقا اه وقد مر نظما فى باب الولى ، ماهو طلاق وما هو فسخ وما يشترط فيه قضاء القاضى وما لايشترط فراجعه (قوله وبهذا) أى بزيادة قوله أو المآل وقوله بلفظ مخصوص (قوله عبارة الكنز والملتقى) هى رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح (قوله منقوضة طردا وعكسا) أى أنها غير مانعة لدخول الفسوخ فيها وغير جامعة لخروج الرجعى (قوله كريبة) هى الظن والشك : أى ظن الفاحشة (قوله والمذهب الأول) لإطلاق قوله تعالى — فطلقوهن لعدتهن — لاجناح

وقولهم الأصل فيه الحظر ، معناه أن الشارع ترك هذا الأصل فأباحه ،

عليكم إن طلقتم النساء — ولأنه صلى الله عليه وسلم طلق حفصة لالريبة ولا كبر ، وكذا فعله الصحابة والحسن ابن علي رضي الله عنهما استكثر النكاح والطلاق . وأما مارواه أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم قال « أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق » فالمراد بالحلال ماليس فعله بلازم الشامل للمباح والمندوب والواجب والمكروه كما قاله الشمني بحر ملخصا .

قلت : لكن حاصل الجواب أن كونه مبغوضا لاينافي كونه حلالا ، فإن الحلال بهذا المعنى يشمل المكروه وهو مبغوض ، بخلاف ما إذا أريد بالحلال مالا يترجح تركه على فعله ؛ وأنت خبير أن هذا الجواب مؤيد للقول الثاني ، ويأتي بعده تأييده أيضافافهم (قوله وقولهم الخ) جواب عن قوله في الفتح : إن قولهم بإباحته وإبطالهم قول من قال لايباح إلا لكبر أو ريبة بأنه صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ولم يقترن بواحد منهما مناف لقولهم الأصل فيه الحظر لما فيه من كفران نعمة النكاح والإباحة للحاجة إلى الخلاص ، والحديث « أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق » وأجاب في البحر بأن هذا الأصل لايدل على أنه محظور شرعا ، وإنما يفيد أن الأصل فيه الحظر وترك ذلك بالشرع فصار الحل هو المشروع ؛ فهو نظير قولهم : الأصل في النكاح الحظر ، وإنما أبيح للحاجة إلى التوالد والتناسل ، فهل يفهم منه أنه محظور ؟ فالحق إباحته لغير حاجة طلبا للخلاص منها للأدلة المارة اه .

أقول : لايخفى مابين الأصلين من الفرق فإن الحظر الذي هو الأصل في النكاح قد زال بالكلية ؛ فلم يبق فيه حظر أصلا إلا لعارض خارجي بخلاف الطلاق ، فقد صرح في الهداية بأنه مشروع في ذاته من حيث أنه إزالة الرق ، وأن هذا لاينافي الحظر لمعنى في غيره ؛ وهو مافيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية اه فهذا صريح في أنه مشروع ومحظور من جهتين وأنه لامنافاة في اجتماعهما لاختلاف الحيثية كالصلاة في الأرض المغصوبة ، فكون الأصل فيه الحظر لم يزل بالكلية بل هو باق إلى الآن ؛ بخلاف الحظر في النكاح فإنه من حيث كونه انتفاعا بجزء الآدمي المحترم واطلاعا على العورات قد زال للحاجة إلى التوالد وبقاء العالم .

وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر ، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه ، وهو معنى قولهم الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص ، فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقا وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها ، ولهذا قالوا : إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى ، فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة كما قيل ، بل هي أعم كما اختاره في الفتح ، فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعا يبقى على أصله من الحظر ، ولهذا قال تعالى — فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا — أي لاتطلبوا الفراق ، وعليه حديث « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » قال في الفتح : ويحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات أعني أوقات تحقق الحاجة المبيحة اه وإذا وجدت الحاجة المذكورة أبيح وعليها يحمل ماوقع منه صلى الله عليه وسلم ومن أصحابه وغيرهم من الأئمة صونا لهم عن العبث والإيذاء بلا سبب ، فقوله في البحر إن الحق إباحته لغير حاجة طلبا للخلاص منها ، إن أراد بالخلاص منها الخلاص بلا سبب كما هو المتبادر منه فهو ممنوع لمخالفته لقولهم إن إباحته للحاجة إلى الخلاص ، فلم يبيحوه إلا عند الحاجة إليه لاعند مجرد إرادة الخلاص وإن أراد الخلاص عند الحاجة إليه فهو المطلوب ، وقوله في البحر أيضا إن ماصححه في الفتح اختيار للقول الضعيف وليس المذهب عن علمائنا فيه نظر ، لأن الضعيف هو عدم إباحته إلا لكبر أو ريبة . والذي صححه في الفتح عدم التقييد بذلك كما هو مقتضى إطلاقهم الحاجة .

بل يستحب لو مؤذية أو تاركة صلاة غاية : ومفاده أن لا إثم بمعاشرة من لاتصلي ، ويجب لو فات الامساك ، بالمعروف ويحرم لو بدعيا .

ومن محاسنه التخلص به من المكاره ، وبه يعلم أن طلاق الدور بنحو : إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا واقع إجماعا كما حرره المصنف معزيا لجواهر الفتاوى ، حتى لو حكم بصحة الدور حاكم لاينفذ أصلا .

وبما قررناه أيضا زال التنافى بين قولهم بإباحته، وقولهم إن الأصل فيه الحظر لاختلاف الحيثية ، وظهر أيضا أنه لامخالفة بين ماادعاه أنه المذهب وماصححه فى الفتح فاغتنم هذا التحرير فإنه من فتح القدير (قوله بل يستحب) إضراب انتقالى ط (قوله لو مؤذية) أطلقه فشمل المؤذية له أو لغيره بقولها أو بفعلها ط (قوله أو تاركة صلاة) الظاهر أن ترك الفرائض غير الصلاة كالصلاة . وعن ابن مسعود لأن ألقى الله تعالى وصداقها بذمتى خير من أن أعاشر امرأة لاتصلى ط (قوله ومفاده) أى مفاد استحباب طلاقها ، وهذا قاله فى البحر . وقال : ولهذا قالوا فى الفتاوى : له أن يضربها على ترك الصلاة ولم يقولوا عليه مع أن فى ضربها على تركها روايتين ذكرهما قاضيخان اه (قوله لو فات الإمساك بالمعروف) كما لو كان خصيا أو مجبوبا أو عنينا أو شكازا أو مسحرا والشكاز : بفتح الشين المعجمة وتشديد الكاف وبالزاى هو الذى تنتشر آلته للمرأة قبل أن يخالطها ثم لاتنتشر آلته بعده لجماعها . والمسحر بفتح الحاء المشددة وهو المسحور ، ويسمى المربوط فى زماننا ح عن شرح الوهبانية (قوله لو بدعيا) يأتى بيانه (قوله ومن محاسنه التخلص به من المكاره) أى الدينية والدنيوية بحر : أى كأن عجز عن إقامة حقوق الزوجة ، أو كان لايشتهيها .

قال فى الفتح : ومنها أى من محاسنه جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى ونقصان الدين . ومنها شرعه ثلاثا ، لأن النفس كذوبة ربما تظهر عدم الحاجة إليها ثم يحصل الندم فشرع ثلاثا ليجرب نفسه أولا وثانيا اه ملخصا .

مطلب طلاق الدور

(قوله وبه) أى بكون التخلص المذكور من محاسنه ، إذ لو لم يقع طلاق الدور لفاتت هذه الحكمة اه ح.

وسمى بالدور لأنه دار الأمر بين متنافيين لأنه يلزم من وقوع المنجز وقوع الثلاث المعلقة قبله ، ويلزم من وقوع الثلاث قبله عدم وقوعه فليس المراد الدور المصطلح عليه فى علم الكلام ، وهو توقف كل من الشيئين على الآخر ، فيلزم توقف الشيء على نفسه وتأخره إما بمرتبة أو مرتبتين ط (قوله واقع) أى إذا طلقها واحدة يقع ثلاث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ، ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو طلقها ثلاثا يقعن فيلزل الطلاق المعلق لايصادف أهلية فيلغو ؛ ولو قال إن طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة ،وقس على ذلك كذا فى فتح القدير (قوله حتى لو حكم الخ) تفريع على قوله واقع إجماعا ، ثم هذا ذكره المصنف أيضا عن جواهر الفتاوى ، فإنه قال : ولو حكم حاكم بصحة الدور وبقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق لاينفذ حكمه ويجب على حاكم آخر تفريقهما ،لأن مثل هذا لايعد خلافا لأنه قول مجهول باطل فاسد ظاهر البطلان ونقل قبله عن جواهر الفتاوى أن هذا القول لأبى العباس بن سريج من أصحاب الشافعى ، وأنه أنكر عليه جميع أئمة المسلمين ، وأنه قول مخترع فإن الأمة من الصحابة والتابعين وأئمة السلف من أبى حنيفة والشافعى وأصحابهما أجمعت على أن طلاق المكلف واقع اه .

قلت : لكن يشكل على دعوى الإجماع أن كثيرا من أئمة الشافعية قالوا بصحة الدور كالمزنى وابن الحداد والقفال والقاضى أبى الطيب والبيضاوى وكذا الغزالى والسبكى ، لكنهما رجعا عنه .

(وأقسامه ثلاثة : حسن ، وأحسن ، وبدعي يأثم به) وألفاظه : صريح، وملحق به وكناية (ومحله المنكوحة) وأهله زوج عاقل بالغ مستيقظ ، وركنه لفظ مخصوص

وقد عزا فى فتح القدير القول ببطلان الدور إلى بعض المتأخرين من مشايخنا والقول بصحته ، وأنها لاتطاق إلى أكثرهم ، وانتصر له صاحب البحر ، لكن رأيت مؤلفا حافلا للعلامة ابن حجر المكى فى بطلانه ، وأنه قول أكثر الشافعية ، وأن القرافي من المالكية نقل عن شيخه العز بن عبد السلام الشافعي الملقب بسلطان العلماء أنه لايصح ، بل يحرم تقليد القائل بصحته وينقض قضاء القاضى به لمخالفته لقواعد الشرع ، وقال إنه شنع على القائل به جماعة من الحنفية والمالكية والحنابلة ، وأنه نقل بعض الأئمة عن أبى حنيفة وأصحابه الاتفاق على فساد الدور ، وإنما وقع عنهم فى وقوع الثلاث أو المنجز وحده ، وأن شارح الإرشاد قال إن المعتمد فى الفتوى وقوع المنجز ، وعليه العمل فى الديار المصرية والشامية ، وعزاه الرافعي إلى أبى حنيفة وأنه بالغ السروجي من الحنفية فقال إنه يشبه مذاهب النصارى أنه لايمكن الزوج إيقاع طلاق على زوجته مدة عمره اه ملخصا وذكر فى فتح القدير أيضا أن القول بصحة الدور مخالف لحكم اللغة ولحكم العقل ولحكم الشرع ، وقرره بما لامزيد عليه فارجع إليه .

[تنبيه] قد بان لك أن المعتمد عند الشافعية وقوع المنجز فقط بناء على إبطال الكلام كله وهو جملة التعليق ، وقد مر عن الفتح الجزم بوقوع الثلاث عندنا بناء على إبطال لفظ قبله فقط ، لأن الدور إنما حصل به ونقل ابن حجر عن مغنى الحنابلة حكاية القولين عندهم ، وقدمنا مايفيد أن الخلاف ثابت عندنا أيضا والله أعلم (قوله وأقسامه ثلاثة الخ) يأتى بيانها قريبا (قوله صريح) هو مالا يستعمل إلا فى حل عقدة النكاح سواء كان الواقع به رجعيا أو بائنا كما سيأتى بيانه فى الباب الآتى (قوله وملحق به) أى من حيث عدم احتياجه إلى النية كلفظ التحريم أو من حيث وقوع الرجعي به وإن احتاج إلى نية : كاعتدى، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة أفاده الرحمتى (قوله وكناية) هى مالم يوضع للطلاق واحتمله وغيره كما سيأتى فى بابه (قوله ومحله المنكوحة) أى ولو معتدة عن طلاق رجعى أو بائن غير ثلاث فى حرة وثنتين فى أمة أو عن فسخ بتفريق لإباء أحدهما عن الإسلام أو بارتداد أحدهما ، ونظم ذلك المقدسى بقوله :

بعدة عن الطلاق يلحق أو ردة أو بالإباء يفرق

بخلاف عدة الفسخ بحرمة مؤبدة كتقبيل ابن الزوج ، أو غير مؤبدة كالفسخ بخيار عتق وبلوغ وعدم كفاءة ونقصان مهر وسبى أحدهما ومهاجرته ، فلا يقع الطلاق فيها كما حرره فى البحر عن الفتح ، وكذا ماسيأتى آخر الباب : لو حررت زوجها حين ملكته فطلقها فى العدة لايقع ، ويأتى تمام الكلام عليه آخر الكنايات (قوله وأهله زوج عاقل الخ) احترز بالزوج عن سيد العبد ووالد الصغير ، وبالعاقل ولو حكما عن المجنون والمعتوه والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه ، بخلاف السكران مضطرا أو مكرها ، وبالبالغ عن الصبى ولو مراهقا ، وبالمستيقظ عن النائم . وأفاد أنه لايشترط كونه مسلما صحيحا طائعا جادا عامدا فيقع طلاق العبد والسكران بسبب محظور ، والكافر والمريض والمكره والهازل والمخطىء كما سيأتى (قوله وركنه لفظ مخصوص) هو ماجعل دلالة على معنى الطلاق من صريح أو كناية فخرج الفسوخ على مامر ، وأراد اللفظ ولو حكما ليدخل الكتابة المستبينة وإشارة الأخرس والإشارة إلى العدد بالأصابع فى قوله أنت طالق هكذا كما سيأتى ، وبه ظهر أن من تشاجر مع زوجته فأعطاها ثلاثة أحجار ينوى الطلاق ولم يذكر لفظا لاصريحا ولا كناية لايقع عليه كما أفتى به الخير الرملي وغيره ، وكذا مايفعله بعض سكان البوادى

خال عن الاستثناء (طلقة) رجعية (فقط فى طهر لا وطء فيه) وتركها حتى تمضى عدتها (أحسن) بالنسبة إلى البعض الآخر (وطلقة لغير موطوءة ولو فى حيض، ولموطوءة تفريق الثلاث

من أمرها بحلق شعرها لايقع بهطلاق وإن نواه (قوله خال عن الاستثناء) أما إذا صاحبه استثناء بشروطه فلا يتحقق طلاق كقوله إن شاء الله تعالى. أو إلا أن يشاء الله تعالى زاد فى البحر : وأن لايكون الطلاق انتهاء غاية ، فإنه لو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لم تقع الثالثة عند الإمام ط (قوله طلقة) التاء للوحدة ، وقيد بها لأن الزائد عليها بكلمة واحدة بدعى ومتفرقا ليس بأحسن بحر (قوله رجعية) فالواحدة البائنة بدعية فى ظاهر الرواية ، وفى رواية الزيادات لا تكره بحر عن الفتح . ثم ذكر عن المحيط أن الخلع فى حالة الحيض لايكره بالإجماع لأنه لايمكن تحصيل العوض إلا به اه وسيذكره الشارح ، ويأتى تمامه (قوله فى طهر) هذا صادق بأوله وآخره ، قيل والثانى أولى احترازا من تطويل العدة عليها ، وقيل الأول . قال فى الهداية : وهو الأظهر من كلام محمد نهر ، واحترز به عن الحيض فإنه فيه بدعى كما يأتى (قوله لاوطء فيه) جملة فى محل جر صفة لطهر ، ولم يقل منه ليدخل فى كلامه مالو وطئت بشبهة فإن طلاقها فيه حينئذ بدعى نص عليه الإسبيجابى ، لكن يرد عليه الزنى فإن الطلاق فى طهر وقع فيه سنى ؛ حتى لو قال لها أنت طالق للسنة وهى طاهرة ولكن وطئها غيره ، فإن كان زنى وقع ، وإن بشبهة فلا ، كذا فى المحيط ، وكأن الفرق أن وطء الزنى لم يترتب عليه أحكام النكاح فكان هدرا ، بخلاف الوطء بشبهة ، وبهذا عرف أن كلام المصنف أولى من قوله غيره لم يجامعها فيه ، لكن لابد أن يقول : ولا فى حيض قبله ، ولا طلاق فيهما ، ولم يظهر حملها ، ولم تكن آيسة ولا صغيرة كما فى البدائع ؛ لأنه لو طلقها فى طهر وطئها فى حيض قبله كان بدعيا ، وكذا لو كان قد طلقها فيه وفى هذا الطهر ، لأن الجمع بين تطليقتين فى طهر واحد مكروه عندنا ؛ ولو طلقها بعد ظهور حملها أو كانت ممن لاتحيض فى طهر وطئها فيه لا يكون بدعيا لعدم العلة أعنى تطويل العدة عليهما نهر (قوله وتركها حتى تمضى عدتها) معناه الترك من غير طلاق آخر لا الترك مطلقا ، لأنه إذا راجعها لايخرج الطلاق عن كونه أحسن بحر (قوله أحسن) أى من القسم الثانى لأنه متفق عليه ، بخلاف الثانى ، فإن مالكا قال بكراهته لاندفاع الحاجة بواحدة بحر عن المعراج (قوله بالنسبة إلى البعض الآخر) أى لا أنه فى نفسه حسن ، فاندفع به ما قيل كيف يكون حسنا مع أنه أبغض الحلال وهذا أحد قسمى المسنون ، ومعنى المسنون هنا ماثبت على وجه لايستوجب عتابا لا أنه المستعقب للثواب ، لأن الطلاق ليس عبادة فى نفسه ليثبت له ثواب ، فالمراد هنا المباح نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها بدعيا فمنع نفسه إلى وقت السنى يثاب على كف نفسه عن المعصية لا على نفس الطلاق ككف نفسه عن الزنى مثلا بعد تهيىء أسبابه ووجود الداعية ، فإنه يثاب لا على عدم الزنى لأن الصحيح أن المكلف به الكف لا العدم كما عرف فى الأصول بحر وفتح (قوله وطلقة) مبتدأ ولغير موطوءة أى مدخول بها متعلق بمحذوف صفة له ، وكذا الجار فى قوله ولو فى حيض ، وقوله ولموطوءة متعلق بتفريق أو حال منه على رأى ، وتفريق معطوف بهذه الواو على المبتدإ قبله ، وقوله فى ثلاثة أطهار متعلق بتفريق أيضا ، وقوله فيمن تحيض حال من ثلاث المضاف إليه تفريق لكونه مفعوله فى المعنى ، وقوله وفى ثلاثة أشهر عطف على فى ثلاثة أطهار ، وقوله حسن خبر المبتدإ وما عطف عليه :

وحاصله أن السنة فى الطلاق من وجهين : العدد والوقت ؛ فالعدد وهو أن لايزيد على الواحدة بكلمة واحدة لا فرق فيه بين المدخولة وغيرها لكنه فى المدخولة خاص بما إذا كان فى طهر لاوطء فيه ولا فى حيض قبله كما مر وإلا فهو بدعى ، وفى غيرها لا فرق بين كونه فى طهر أو فى حيض لأن الوقت أعنى الطهر الخالى عن الجماع

فى ثلاثة أطهار لاوطء فيها ولا فى حيض قبلها ولاطلاق فيه فيمن تحيض ، و) فى ثلاثة (أشهر فى) حق (غيرها) حسن وسنى ، فعلم أن الأول سنى بالأولى (وحل طلاقهن) أى الآيسة والصغيرة والحامل (عقب وطء) لأن الكراهة فيمن تحيض لتوهم الحبل وهو مفقود هنا ؛

(والبدعى ثلاث متفرقة أو ثنتان بمرة أو مرتين

خاص بالمدخولة ، فلزم فى المدخولة مراعاة الوقت والعدد ، بأن يطلقها واحدة فى الطهر المذكور فقط وهو السنى الأحسن ، أو ثلاثا مفرقة فى ثلاثة أطهار أو أشهر وهو السنى الحسن . وذكر فى البحر عن المعراج أن الخلوة كالوطء هنا ، وتقدم التصريح بذلك فى أحكام الخلوة من كتاب النكاح (قوله فى ثلاثة أطهار) أى إن كانت حرة وإلا ففى طهرين برجندى ، والخلاف المتقدم فى أول الطهر ، وآخره يجرى هنا كما نبه عليه فى البحر (قوله ولا طلاق فيه) أى فى الحيض لأنه بمنزلة ما لو أوقع التطليقتين فى هذا الطهر وهو مكروه ، وإنما لم يقل ولاطلاق فيه ولا فى الطهر لأن الموضوع تفريق الثلاث فى ثلاثة أطهار ط (قوله وفى ثلاثة أشهر) أى هلالية إن طلقها فى أول الشهر وهو الليلة التى رؤى فيها الهلال ، وإلا اعتبر كل شهر ثلاثين يوما فى تفريق الطلاق اتفاقا ، وكذا فى حق انقضاء العدة عنده . وعندهما شهر بالأيام وشهران بالأهلة . قال فى الفتح : قيل الفتوى على قولهما لأنه أسهل ، وليس بشىء اه (قوله فى حق غيرها) أى فى حق من بلغت بالسن ولم تر دما أو كانت حاملا أو صغيرة لم تبلغ تسع سنين على المختار ، أو آيسة بلغت خمسا وخمسين سنة على الراجح ، أما ممتدة الطهر فمن ذوات الأقراء لأنها شابة رأت الدم فلا يطلقها للسنة إلا واحدة مالم تدخل فى حد الإياس ، إذ الحيض مرجوّ فى حقها صرح به غير واحد نهر .

قال فى البحر : فعلى هذا لو كان قد جامعها فى الطهر وامتد لايمكن تطليقها للسنة حتى تحيض ثم تطهر ، وهى كثيرة الوقوع فى الشابة التى لا تحيض زمان الرضاع اه .

قلت : وتقييد الصغيرة بالتى لم تبلغ تسعا يفيد أن التى بلغتها لايفرق طلاقها على الأشهر وليس كذلك وإنما تظهر فائدته فى قوله بعده وحل طلاقهن عقب وطء كما تعرفه (قوله بالأولى) لأن الأول أحسن منه ، وهذا جواب لصاحب النهر عن قول الفتح لاوجه لتخصيص هذا باسم طلاق السنة ، لأن الأول أيضا كذلك ، فالمناسب تمييزه بالمفضول من طلاق السنة اه (قوله أى الآيسة والصغيرة والحامل) أى المفهومات من قوله فى غيرها ، وكان الأولى للمصنف التصريح بهن هناك ليعود الضمير فى طلاقهن إلى مذكور صريحا ، ولئلا يرد عليه من بلغت بالسن وامتد طهرها أو بلغت تسعا كما يظهر مما بعده (قوله لأن الكراهة الخ) أى لأن كراهة الطلاق فى طهر جامع فيه ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة أنها بالحيض أو بالوضع ؛

قال فى الفتح : وهذا الوجه يقتضى فى التى لا تحيض لالصغر ولا لكبر ، بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفى التى لم تبلغ بعد وقد وصلت إلى سن البلوغ أن لايجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل فى كل منهما اه . وقال قوله : وفى المحيط قال الحلوانى : هذا فى صغيرة لايرجى حبلها ، أما فيمن يرجى فالأفضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر . ولا يخفى أن قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزومه اه .

وأجاب فى البحر بأن التشبيه إنما هو بأصل الفاصل وهو الشهر لافى الأفضلية اه . واحترز بقوله متصلا بالصغر أى بأن بلغت بالسن وامتد طهرها عمن امتد طهرها بعد ما بلغت بالحيض فإنها لاتطلق للسنة إلا واحدة كما مر ، لأنها شابة قدرأت الدم وهو مرجوّ الوجود ساعة فساعة ، فبقى فيها أحكام ذوات الأقراء ، بخلاف من بلغت ولم تر الدم أصلا (قوله والبدعى) منسوب إلى البدعة ، والمراد بها هنا المحرمة لتصريحهم بعصيانه بحر (قوله ثلاثة متفرقة)

فى طهر واحد (لا رجعة فيه ، أو واحدة فى طهر وطئت فيه ،أو) واحدة فى (حيض موطوءة) لو قال والبدعى ماخالفهما لكان أوجز وأفود (وتجب رجعتها) على الأصح (فيه) أى فى الحيض رفعا للمعصية

وكذا بكلمة واحدة بالأولى . وعن الإمامية : لايقع بلفظ الثلاث ولا فى حالة الحيض لأنه بدعة محرمة. وعن ابن عباس يقع به واحدة ، وبه قال ابن إسحق وطاوس وعكرمة ،لما فى مسلم أن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر : إن الناس قد استعجلوا فى أمر كان لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم .وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلاث .

قال فى الفتح بعد سوق الأحاديث الدالة عليه : وهذا يعارض ماتقدم ،وأما إمضاء عمر الثلاث عليهم مع عدم مخالفة الصحابة له وعلمه بأنها كانت واحدة فلا يمكن إلا وقد اطلعوا فى الزمان المتأخر على وجود ناسخ أو لعلمهم بانتهاء الحكم لذلك لعلمهم بإناطته بمعان علموا انتفاءها فى الزمن المتأخر .

وقول بعض الحنابلة : توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة ألف عين رأته فهل صح لكم عنهم أو عن عشر عشر عشرهم القول بوقوع الثلاث باطل ؟ أما أولا فإجماعهم ظاهر لأنه لم ينقل عن أحد منهم أنه خالف عمر حين أمضى الثلاث ، ولا يلزم فى نقل الحكم الإجماعى عن مائة ألف تسمية كل فى مجلد كبير لحكم واحد على أنه إجماع سكوتى . وأما ثانيا فالعبرة فى نقل الإجماع نقل ماعن المجتهدين والمائة ألف لايبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبى هريرة ، والباقون يرجعون إليهم ويستفتون منهم . وقد ثبت النقل عن أكثرهم صريحا بإيقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف — فماذا بعد الحق إلا الضلال — وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بأنها واحدة لم ينفذ حكمه لأنه لايسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف ، وغاية الأمر فيه أن يصير كبيع أمهات الأولاد أجمع على نفيه وكن فى الزمن الأول يبعن اه ملخصا ثم أطال فى ذلك (قوله فى طهر واحد) قيد للثلاث والثنتين (قوله لا رجعة فيه) فلو تخلل بين الطلقتين رجعة لايكره إن كانت بالقول أو بنحو القبلة أو اللمس عن شهوة ، لابالجماع إجماعا لأنه طهر فيه جماع ، وهذا على رواية الطحاوى الآتية . وظاهر الرواية أن الرجعة لاتكون فاصلة ، وكذا لو تخلل النكاح أفاده فى البحر (قوله وطئت فيه) أى ولم تكن حبلى ولا آيسة ولا صغيرة لم تبلغ تسع سنين كما مر (قوله فى حيض موطوءة) أى مدخول بها ، ومثلها المختلى بها كما مر (قوله لكان أوجز وأفود) أما الأول فظاهر ، وأما الثانى فلأنه يشمل ماذكره ويشمل الطلاق البائن كما مر ، ومالو طلقها فى النفاس فإنه بدعى كما فى البحر ، ومالو طلقها فى طهر لم يجامعها فيه بل فى حيض قبله ، وما لو طلقها فى طهر طلقها فى حيض قبله فافهم (قوله وتجب رجعتها) أى الموطوءة المطلقة فى الحيض (قوله على الأصح) مقابله قول القدورى إنها مستحبة ،لأن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها ، ووجه الأصح قوله صلى الله عليه وسلم لعمر فى حديث ابن عمر فى الصحيحين « مر ابنك فليراجعها » حين طلقها فى حالة الحيض ، فإنه يشتمل على وجوبين : صريح وهو الوجوب على عمر أن يأمر . وضمنى ، وهو مايتعلق بابنه عند توجيه الصيغة إليه ، فإن عمر نائب فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم فهو كالمبلغ ، وتعذر ارتفاع المعصية لايصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز إيجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها ، إذ بقاء الشىء بقاء ماهو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة ، وتمامه فى الفتح (قوله رفعا للمعصية) بالراء ، وهى أولى من نسخة الدال ط أى لأن الدفع بالدال لما لم يقع والرفع بالراء للواقع والمعصية هنا

(فإذا طهرت) طلقها (إن شاء) أو أمسكها، قيد بالطلاق لأن التخيير والاختيار والخلع فى الحيض لايكره مجتبى ؛ والنفاس كالحيض جوهرة :

(قال لموطوءة وهى) حال كونها ممن تحيض (أنت طالق ثلاثا) أو ثنتين (للسنة وقع عند كل طهر طلقة)

وقعت ، والمراد رفع أثرها وهو العدة وتطويلها كما علمت ، لأن رفع الطلاق بعد وقوعه غير ممكن (قوله فإذا طهرت طلقها إن شاء) ظاهر عبارته أنه يطلقها فى الطهر الذى طلقها فى حيضه ، وهو موافق لما ذكره الطحاوى ، وهو رواية عن الإمام ، لأن أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فكأنه لم يطلقها فى هذه الحيضة فيسن تطليقها فى طهرها لكن المذكور فى الأصل وهو ظاهر الرواية كما فى الكافى وظاهر المذهب ، وقول الكل كما فى فتح القدير إنه إذا راجعها فى الحيض أمسك عن طلاقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فيطلقها ثانية . ولا يطلقها فى الطهر الذى يطلقها فى حيضه لأنه بدعى ، كذا فى البحر والمنح ، وعبارة المصنف تحتمله اهـ ح : ويدل لظاهر الرواية حديث الصحيحين «مر ابنك فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر ، فان بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل » بحر .

قال فى الفتح : ويظهر من لفظ الحديث تقييد الرجعة بذلك الحيض الذى أوقع فيه ، وهو المفهوم من كلام الأصحاب إذا تؤمل ، فلو لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية اهـ :

وقد يقال : هذا ظاهر على رواية الطحاوى ، أما على المذهب فينبغى أن لا تتقرر المعصية حتى يأتى الطهر الثانى بحر :

قلت : وفيه نظر ، فإنه حيث كان ذلك هو المفهوم من الحديث وكلام الأصحاب يحمل المذهب عليه ، فتأمل (قوله قيد بالطلاق) أى فى قوله أو فى حيض موطوءة ، والمراد أيضا بالطلاق الرجعى احترازا عن البائن فإنه بدعى فى ظاهر الرواية وإن كان فى الطهر كما مر (قوله لأن التخيير الخ) أى قوله لها اختارى نفسك وهى حائض وكذا لو اختارت نفسها . قال فى الذخيرة عن المنتقى : ولا بأس بأن يخلعها فى الحيض إذا رأى منها مايكره . ولا بأس بأن يخيرها فى الحيض . ولا بأس بأن تختار نفسها فى الحيض ، ولو أدركت فاختارت نفسها فلا بأس للقاضى أن يفرق بينهما فى الحيض اهـ :

وفى البدائع : وكذا إذا أعتقت فلا بأس بأن تختار نفسها وهى حائض وكذا امرأة العنين اهـ . وكذا الطلاق على مال لايكره فى الحيض كما صرح به فى البحر عن المعراج ، والمراد بالخلع ما إذا كان خلعا بمال ، لما قدمناه عن المحيط من تعليل عدم كراهته بأنه لا يمكن تحصيل العوض إلا به .

وفى الفتح : من فصل المشيئة عن الفوائد الظهيرية : لو قال لها طلقى نفسك من ثلاث ماشئت فطلقت نفسها ثلاثا على قولهما أو ثنتين على قوله لايكره لأنها مضطرة ، فإنها لو فرقت خرج الأمر من يدها اهـ (قوله لايكره) لأن علة الكراهة دفع الضرر عنها بتطويل العدة ، لأن الحيضة التى وقع فيها الطلاق لا تحسب من العدة وبالاختيار والخلع قد رضيت بذلك رحمتى .

وفيه أنه يلزم حل الطلاق مطلقا فى الحيض إذا رضيت به مع أن إطلاقهم الكراهة ينافيه ، فالأظهر تعليل الخلع والطلاق بعوض بما مر عن المحيط ، وبأن التخيير ليس طلاقا بنفسه لأنها لا تطلق مالم تختر نفسها فصارت كأنها أوقعت الطلاق على نفسها فى الحيض ، والممنوع هو الرجل لا هى أو القاضى ، هذا ماظهر لى فتأمل (قوله والنفاس كالحيض) قال فى البحر ، ولما كان المنع منه الطلاق فى الحيض لتطويل العدة عليها كان النفاس مثله كما فى الجوهرة (قوله قال لموطوءته) أى ولو حكما كالمختلى بها كما مر (قوله للسنة) اللام فيه للوقت وليست اللام بقيد ، فمثلها

وتقع أولاها فى طهر لاوطء فيه ، فلو كانت غير موطوءة أولا تحيض تقع واحدة للحال ثم كلما نكحها أو مضى شهر تقع .
(وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو) أن تقع عند رأس (كل شهر واحدة صحت نيته) لأنه محتمل كلامه .
(ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل) ولو تقديرا بدائع ، ليدخل السكران (ولو عبدا أو مكرها) فإن طلاقه صحيح لا إقراره بالطلاق ، وقد نظم فى النهر مايصح مع الإكراه فقال :

فى السنة أو عليها أو معها ، وكذا السنة ليست بقيد بل مثلها مافى معناه كطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق العدة أو للعدة وطلاق الدين أو الإسلام أو أحسن الطلاق أو أجمله أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب ، وتمامه فى البحر (قوله وتقع أولاها) أى أولى المذكورات من الثلاث أو الثنتين فافهم ، وقوله فى طهر لاوطء فيه أى ولا فى حيض قبله كما يفيده ماتقدم ، فإن كان ذلك الطهر هو الذى طلقها فيه تقع فيه واحدة للحال ثم عند كل طهر أخرى ، وإن كانت حائضا أو جامعها فيه لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر كما فى البحر (قوله فلو كانت غير موطوءة) محترز قوله لموطوءته وقوله أو لاتحيض محترز قوله وهى ممن تحيض ، وشمل من لا تحيض الحامل خلافا لمحمد كما فى البحر (قوله تقع واحدة للحال) أى فى الصورتين وأطلق فى الحال فشمل حالة الحيض (قوله ثم كلما نكحها) راجع للصورة الأولى أى فإذا وقعت عليها واحدة للحال بانت منه بلا عدة لأنه طلاق قبل الدخول فلا يقع غيرها ، مالم يتزوجها فتقع أخرى بلا عدة ، فإذا تزوجها أيضا وقعت الثالثة . وعلله فى البحر بأن زوال الملك بعد اليمين لايبطلها اهـ فتأمل (قوله أو مضى شهر) يرجع إلى الصورة الثانية (قوله وإن نوى الخ) أفاد أن وقوع الثلاث على الأطهار مقيد بما إذا نواه أو أطلق . أما إذا نوى غيره فإنه يصح نهر (قوله لأنه محتمل كلامه) وهذا لأن اللام كما جاز أن تكون للوقت جاز أن تكون للتعليل أى لأجل السنة التى أوجبت وقوع الثلاث ، وإذا صحت نيته للحال فأولى أن تقع عند كل رأس شهر ، قيد بذكر الثلاث لأنه لو لم يذكرها وقعت واحدة للحال إن كانت فى طهر لم يجامعها فيه وإلا فحتى تطهر ، ولو نوى ثلاثا مفرقة على الأطهار صح ، ولو جملة فقولان ، ورجح فى الفتح القول بأنه لايصح ، وتمامه فى النهر (قوله ويقع طلاق كل زوج) هذه الكلية منقوضة بزوج المبانة إذ لايقع طلاقه بائنا عليها فى العدة . وأجيب بأنه ليس بزوج من كل وجه أو أن امتناعه لعارض هو لزوم تحصيل الحاصل ، ثم كلامه شامل لما إذا وكل به أو أجازه من الفضولى نهر وسيأتى (قوله ليدخل السكران) أى فإنه فى حكم العاقل زجرا له ، فلامنافاة بين قوله عاقل وقوله الآتى أو سكران .

مطلب فى الإكراه على التوكيل بالطلاق والنكاح والعتاق

(قوله فإن طلاقه صحيح) أى طلاق المكره ، وشمل ما إذا أكره على التوكيل بالطلاق فوكل فطلق الوكيل فإنه يقع بحر . قال محشيه الخير الرملى : ومثله العتاق كما صرحوا به . وأما التوكيل بالنكاح فلم أر من صرح به . والظاهر أنه لايخالفهما فى ذلك ، لتصريحهم بأن الثلاث تصح مع الإكراه استحسانا .

وقد ذكر الزيلعى فى مسألة الطلاق أن الوقوع استحسان والقياس أن لاتصح الوكالة ، لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه كالبيع وأمثاله .

وجه الاستحسان أن الاكراه لايمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده ، فكذا التوكيل ينعقد مع الإكراه والشروط الفاسدة لاتؤثر فى الوكالة لكونها من الإسقاطات ؛ فإذا لم تبطل فقد نفذ تصرف الوكيل اهـ . فانظر إلا علة الاستحسان فى الطلاق تجدها فى النكاح فيكون حكمهما واحدا تأمل اهـ كلام الرملى . قلت : وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى كتاب الإكراه إن شاء الله تعالى (قوله لا إقراره بالطلاق) قيد بالطلاق لأن الكلام فيه ،

طلاق وإيلاء ظهار ورجعة نكاح مع استيلاد عفو عن العمد
رضاع وأيمان وفىء ونذره قبول لإيداع . : :

وإلا فإقرار المكره بغيره لايصح أيضا؛ كما لو أقر بعتق أو نكاح أو رجعة أو فىء أو عفو عن دم عمد أو بعبده أنه ابنه أو جاريته أنها أم ولده كما نص عليه الحاكم فى الكافى .

هذا ، وفى البحر أن المراد الإكراه على التلفظ بالطلاق ، فلو أكره على أن يكتب طلاق امرأته فكتب لاتطلق ، لأن الكتابة أقيمت مقام العبارة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا ، كذا فى الخانية . ولو أقر بالطلاق كاذبا أو هازلا وقع قضاء لاديانة اه ويأتى تمامه .

مطلب فى المسائل التى تصح مع الاكراه

(قوله طلاق) أطلقه فشمل البائن بقسميه والرجعى ، وهو مع ماعطف عليه مبتدأ والخبر محذوف تقديره تصح مع الإكراه ، دل عليه قوله آخرا فهذه تصح مع الإكراه .

ثم إن كان الزوج قد وطئ فلا رجوع له على المكره ، وإلا فله الرجوع بنصف المسمى ، كذا ذكره المصنف فى الإكراه ط (قوله وإيلاء) فإن تركت أربعة أشهر بانت منه . فإن لم يكن دخل بها وجب نصف المهر ولم يرجع به على الذى أكرهه كافى (قوله نكاح) يشمل ما إذا أكره الزوج أو الزوجة على عقد النكاح كما هو مقتضى إطلاقهم ، خلافا لما قيل من أن العقد لايصح إذا أكرهت هى عليه ، كما أوضحناه فى النكاح قبيل قوله وشرط حضور شاهدين فافهم (قوله مع استيلاد) بكسر الدال من غير تنوين لضرورة النظم ح .

وصورته : أن يكرهه على استيلاد أمته ، فإذا وطئها وأتت بولد ثبت منه . ولا يجوز له نفيه ط . وفيه أن هذا إكراه على فعل حسى وهو الوطء ترتب عليه حكم آخر وهو صيرورتها أم ولد وأمثلته كثيرة ؛ كما لو أكره على دخول دار علق عتق عبده على دخولها فإنه يعتق ولا يضمن له المكره شيئا وأكره على شراء عبد علق عتقه على ملكه له فإنه يعتق وعليه قيمته للبائع ولا يرجع على المكره بشىء كما فى كافى الحاكم من الإكراه . قال : وكذا لو أكرهه على شراء ذى رحم محرم منه ، أو أمة قد ولدت منه ، أو أمة قد جعلها مدبرة إذا ملكها اه وصوره الرحمتى بأن يكره على أن يقر بأنها أم ولده ، وفيه ماعلمته مما نقلناه قبله عن الكافى أيضا ، والله أعلم (قوله عفو عن العمد) أى لو وجب له على رجل قصاص فى نفس أو فيما دونها فأكره بوعيد تلف أو حبس حتى عفا فالعفو جائز ، ولا ضمان له على الجانى ولا على المكره لأنه لم يتلف له مالا ، وكذلك الشهود إذا رجعوا فلا ضمان عليهم ولو وجب له على رجل حق من مال أو كفالة بنفس أو غير ذلك فأكره بوعيد بقتل أو حبس حتى أبرأه من ذلك كانت البراءة باطلة كذا فى الكافى ، وبه علم أنه احترز بالعمد عن الخطإ لأن موجبه المال فلا تصح البراءة منه (قوله رضاع) يرد عليه ماذكرناه فى الاستيلاد فإنه أيضا فعل حسى ترتب عليه حكم آخر ، وهذا لاينحصر كما علمته ؛ وكذا يقال مثله مالو أكره على الخلوة بزوجته أو على وطئها فإنه يتقرر عليه جميع المهر ، وكذا لو أكره على وطء أم زوجته أو بنتها تحرم عليه زوجته (قوله وأيمان) جمع يمين . قال فى الكافى فى باب الإكراه على النذر واليمين : ولو أكره رجل بوعيد تلف حتى جعل على نفسه صدقة لله تعالى أو صوما أو حجا أو عمرة أو غزوة فى سبيل الله تعالى أو بدنة أو شيئا يتقرب به إلى الله تعالى لزمه ذلك ولا ضمان على المكره ، وكذلك لو أكرهه على اليمين بشىء من ذلك أو بغيره من الطاعات أو المعاصى اه (قوله وفىء) أى فى الإيلاء بقول أو فعل ذكره الشارح فى الاكراه (قوله ونذره) قدمنا الكلام عليه قريبا (قوله قبول لإيداع) أخذ فى البحر من قوله فى القنية أكره

. . . . كذا الصلح عن عمد
طلاق على جعل يمين به أتت كذا العتق والإسلام تدبير للعبد
وإيجاب إحسان وعتق فهذه صح مع الإكراه عشرين فى العد

على قبول الوديعة فتلفت فى يده فلمستحقها تضمين المودع اهـ بناء على أن المودع بفتح الدال . قال فى النهر بعد نقله : ثم ظهر لى أنه بكسر الدال ، فليس من المواضع فى شىء وذلك أنه فى البزازية قال : أكره بالحبس على إيداع ماله عند هذا الرجل وأكره المودع أيضا على قبوله فضاع لاضمان على المكره والقابض ، لأنه ماقبضه لنفسه ، كما لو هبت الريح فألقته فى حجره فأخذه ليردّه فضاع فى يده لايضمن اهـ .

قلت : وحاصله أن التعليل المذكور يدل على أن المستحق للوديعة فى مسألة القنية ليس له تضمين المودع بالفتح لأنه إذا كان مكرها على قبولها لم يكن قابضا لنفسه ، فتعين أنه بالكسر لأنه دفعها باختياره فللمستحق تضمينه ولكن مع هذا أيضا لو صح قراءته بالفتح لم يكن من هذه المواضع أيضا لأن الكلام فيما يصح مع الإكراه ، وتضمينه يدل على أنه لم يصح قبوله للوديعة لأن حكم المودع بالفتح عدم الضمان بالتلف فتأمل (قوله كذا الصلح عن عمد) أى قبول القاتل الصلح عن دم العمد على مال ، كذا فى البحر : أى إذا أكره على أن يصالح صاحب الحق على مال أكثر من الدية أو أقل فصالحه بطل الدم ولم يلزم الجانى شىء كما فى كافى الحاكم ، وذكر قبله أنه لو أكره ولى دم العمد على أن صالح منه على ألف فلا شىء له غير الألف اهـ وإنما لزم المال القاتل فى الثانية لأنه غير مكره (قوله طلاق على جعل) أى قبول المرأة الطلاق على مال بحر ، فيقع الطلاق ولا شىء عليها من المال ولو كان مكان التطليقة خلع بألف درهم كان الطلاق بائنا ولا شىء عليها ، ولو كان هو المكره على الخلع على ألف وقد دخل بها وهى غير مكرهة وقع الخلع ولزمها الألف ، وتمامه فى الكافى (قوله يمين به أتت) أى بالطلاق وفاعل أتت ضمير اليمين ح . والمراد به تعليق الطلاق على شىء ، كما إذا أكره على أن يقول إن كلمت زيدا فزوجتى كذا (قوله كذا العتق) أى الإكراه على اليمين بالعتق . وأما الإكراه على نفس العتق فسيأتى فافهم ، كما لو أكره على أن قال إن دخلت الدار فأنت حر ، أو إن صليت أو أكلت أو شربت ففعل يعتق العبد ويغرم الذى أكرهه قيمته ، وتمامه فى الكافى (قوله والإسلام) ولو من ذمى كما أطلقه كثير من المشايخ . وما فى الخانية من التفصيل بين الذمى فلا يصح والحربى فيصح فقياس ، والاستحسان صحته مطلقا أفاده الشارح فى الإكراه ط ، ولو كان أكرهه على الإقرار بالإسلام فيما مضى فالإقرار باطل ، كذا فى الكافى (قوله تدبير للعبد) بضم الراء من غير تنوين للضرورة ح ، وتقييده بالعبد لمناسبة الروى والأمة مثله ط (قوله وإيجاب إحسان) أى إيجاب صدقة بحر ، وتقدم نقله عن الكافى (قوله وعتق) ويرجع بقيمة العبد على المكره إذا أعتقه لغير كفارة ، وإلا فلا رجوع كما ذكره المصنف فى الإكراه ط وشمل العتق بالفعل كما لو أكرهه على شراء محرمه لكنه لايرجع على المكره بشىء كما قدمناه عن الكافى ، وبه صرح فى البزازية من الاكراه خلافا لما يوهمه مانقله الشارح فى الإكراه عن ابن الكمال فافهم (قوله عشرين فى العد) حال من فاعل تصح . قال فى النهر : وهى ترجع إلى ستة عشر لدخول إيجاب الاحسان فى النذر ، ودخول الطلاق على جعل ، واليمين بالطلاق فى الطلاق ، ودخول اليمين فى العتق بالعتق اهـ ح وتقدم عن النهر أن قبول الايداع ليس منها فعادت إلى خمسة عشر ، وقدّمنا أن الاستيلاد والرضاع من الأفعال الحسية المترتب عليها أمر آخر فلا ينبغى تخصيصهما بالذكر فعادت إلى ثلاثة عشر ، وقد زدت عليها خمسة أخر التقطتها من إكراه كافى الحاكم :

(أو هازلا) لايقصد حقيقة كلامه (أو سفيها)

الأولى الخلع على مال ، بأن أكره على خلع امرأته على ألف وقد تزوجها على أربعة آلاف ودخل بها والمرأة غير مكرهة فالخلع واقع ولها عليه(١) الألف ؛ ولا شيء على الذى أكرهه، ولو كانت هى المكرهة كان الطلاق بائنا ولا شيء عليها .

الثانية الفسخ، كما لو أعتقت ولها زوج حر لم يدخل بها فأكرهت على أن اختارت نفسها فى مجلسها بطل المهر عن الزوج ولا شيء على المكره ، ولو كان دخل بها الزوج قبل ذلك فالمهر لمولاها على الزوج ولا يرجع على المكره .

الثالثة التكفير ، كما لو أكره بوعيد تلف على أن يكفر يمينا قد حنث فيها ولا رجوع له على المكره وإن أكرهه على عتق عبده هذا عنها لم يجزه وعلى المكره قيمته ؛ ولو أكره بالحبس أجزأه عنها وكذلك كل شيء وجب عليه لله تعالى من نذر أو هدى أو صدقة أو حج فأكره على أن يمضيه ولم يأمره المكره بشيء بعينه أجزأه ولا ضمان على المكره .

الرابعة ماكان شرطا لغيره كما لو علق عتق عبد على شرائه أو طلاق زوجته على دخول الدار فأكره على الشراء أو الدخول أو أكره على شراء ذى محرمه أو أمة قد ولدت منه ونحو ذلك، ويدخل فيه الرضاع فإنه شرط للمحرمية والاستيلاد أى الوطء لطلب الولد فإنه شرط لثبوته منه أيضا.

الخامسة ماقدمناه من التوكيل بالطلاق والعتق ، فقد صارت ثمانى عشرة صورة نظمتها بقولى :

طلاق وإعتاق نكاح ورجعة ظهار وإيلاء وعفو عن العمد
يمين وإسلام وفيء ونذره قبول لصلح العمد تدبير للعبد
ثلاث وعشر صححوها لمكره وقدزدت خمسا وهى خلع على نقد
وفسخ وتكفير وشرط لغيره وتوكيل عتق أو طلاق فخذ عدى

(قوله أو هازلا) أى فيقع قضاء وديانة كمايذكره الشارح ، وبه صرح فى الخلاصة معللا بأنه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ ، وكذا فى البزازية . وأما مافى إكراه الخانية : لو أكره على أن يقر بالطلاق فأقر لايقع ، كما لو أقر بالطلاق هازلا أوكاذبا فقال فى البحر ، إن مراده لعدم الوقوع فى المشبه به عدمه ديانة ، ثم نقل عن البزازية والقنية لو أراد به الخبر عن الماضى كذبا لايقع ديانة ، وإن أشهد قبل ذلك لايقع قضاء أيضا اه .

ويمكن حمل مافى الخانية على ما إذا أشهد على أنه يقر بالطلاق هازلا ، ثم لايخفى أن مامر عن الخلاصة إنما هو فيما لو أنشأ الطلاق هازلا. ومافى الخانية فيما لو أقر به هازلا فلا منافاة بينهما . قال فى التلويح: وكما أنه يبطل الإقرار بالطلاق والعتاق مكرها كذلك يبطل الإقرار بهما هازلا ، لأن الهزل دليل الكذب كالإكراه ، حتى لو أجاز ذلك لم يجز لأن الإجازة إنما تلحق سببا منعقدا يحتمل الصحة والبطلان ، وبالإجازة لايصير الكذب صدقا ، وهذا بخلاف إنشاء الطلاق والعتاق ونحوهما مما لايحتمل الفسخ فإنه لا أثر فيه للهزل اه . وبهذا اندفع ما أورده الرملى من المنافاة بين عبارة الخانية وغيرها (قوله لايقصد حقيقة كلامه) بيان لمعنى الهازل ، وفيه قصور .

---

(١) (قوله ولها عليه) لعل الصواب وله عليها تأمل .

خفيف العقل (أو سكران) ولو بنبيذ أو حشيش

ففي التحرير وشرحه : الهزل لغة اللعب . واصطلاحا : أن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقي ولا المجازي بل أريد به غيرهما ، وهو مالا تصح إرادته منه . وضده الجد ، وهو أن يراد باللفظ أحدهما (قوله خفيف العقل) في التحرير وشرحه : السفه في اللغة ، الخفة . وفي اصطلاح الفقهاء خفة تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل .

مطلب في تعريف السكران وحكمه

(قوله أوسكران) السكر : سرور يزيل العقل فلا يعرف به السماء من الأرض . وقالا بل يغلب على العقل فيهذي في كلامه . ورجحوا قولهما في الطهارة والأيمان والحدود . وفي شرح بكر : السكر الذي تصح به التصرفات أن يصير بحال يستحسن مايستقبحه الناس وبالعكس ، لكنه يعرف الرجل من المرأة قال في البحر : والمعتمد في المذهب الأول نهر .

قلت : لكن صرح المحقق ابن الهمام في التحرير أن تعريف السكر بمامر عن الإمام إنما هو في السكر الموجب للحد ، لأنه لو ميز بين الأرض والسماء كان في سكره نقصان وهو شبهة العدم فيندرئ به الحد . وأما تعريفه عنده في غير وجوب الحد من الأحكام فالمعتبر فيه عنده اختلاط الكلام والهذيان كقولهما . ونقل شارحه ابن أمير حاج عنه أن المراد أن يكون غالب كلامه هذيانا ، فلو نصفه مستقيما فليس بسكر ، فيكون حكمه حكم الصحاة في إقراره بالحدود وغير ذلك ، لأن السكران في العرف من اختلط جده بهزله فلا يستقر على شيء ، ومال أكثر المشايخ إلى قولهما ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، واختاروه للفتوى لأنه المتعارف ، وتأيد بقول علي رضي الله عنه : إذا سكر هذى رواه مالك والشافعي ، ولضعف وجه قوله ثم بين وجه الضعف فراجعه . وبه ظهر أن المختار قولهما في جميع الأبواب فافهم . وبين في التحرير حكمه أنه إن كان سكره بطريق محرم لايبطل تكليفه فتلزمه الأحكام وتصح عباراته من الطلاق والعتاق ، والبيع والإقرار ، وترويج الصغار من كفء ، والإقراض والاستقراض ، لأن العقل قائم ، وإنما عرض فوات فهم الخطاب بمعصيته ، فبقي في حق الإثم ووجوب القضاء ، ويصح إسلامه كالمكره لاردته لعدم القصد . وأما الهازل فإنما كفر مع عدم قصده لما يقول بالاستخفاف لأنه صدر منه عن قصد صحيح استخفافا بالدين بخلاف السكران (قوله بنبيذ) أي سواء كان سكره من الخمر أوالأشربة الأربعة المحرمة أو غيرها من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل عند محمد . قال في الفتح : وبقوله يفتى لأن السكر من كل شراب محرم . وفي البحر عن البزازية المختار في زماننا لزوم الحد ووقوع الطلاق اهـ . ومافي الخانية من تصحيح عدم الوقوع فهو مبني على قولهما من أن النبيذ حلال والمفتى به خلافه . وفي النهر عن الجوهرة أن الخلاف مقيد بما إذا شربه للتداوي فلو للهو والطرب فيقع بالإجماع .

مطلب في الحشيشة والأفيون والبنج

(قوله وحشيش(١)) قال في الفتح : اتفق مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش ، وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد أن اختلفوا فيها . فأفتى المزني(٢) بحرمتها ، وأفتى

---

(١) (قول المحشي وحشيش) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والذي في نسخ الشارح (أو حشيش) اهـ مصححه .
(٢) المزني من أصحاب الإمام الشافعي ، وأسد بن عمرو صاحب الإمام أبي حنيفة اهـ منه .

أو أفيون أو بنج زجرا ، به يفتى تصحيح القدورى .

واختلف التصحيح فيمن سكر مكرها أو مضطرا، نعم لو زال عقله بالصداع أو بمباح لم يقع . وفى القهستانى معزيا للزاهدى أنه لو لم يميز مايقوم به الخطاب كان تصرفه باطلا اه .

واستثنى فى الأشباه من تصرفات السكران سبع مسائل : منها الوكيل بالطلاق صاحيا ، لكن قيده البزازى

أسد بن عمرو بحلها ، لأن المتقدمين لم يتكلموا فيها بشىء لعدم ظهور شأنها فيهم فلما ظهر من أمرها من الفساد كثير وفشا عاد مشايخ المذهبين إلى تحريمها . وأفتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها اه (قوله أو أفيون أو بنج) الأفيون : مايخرج من الخشخاش . والبنج : بالفتح نبت مسبت . وصرح فى البدائع وغيرها بعدم وقوع الطلاق بأكله معللا بأن زوال عقله لم يكن بسبب هو معصية .

والحق التفصيل ، وهو إن كان للتداوى لم يقع لعدم المعصية ، وإن للهو وإدخال الآفة قصدا فينبغى أن لايتردد فى الوقوع .

وفى تصحيح القدورى عن الجواهر : وفى هذا الزمان إذا سكر من البنج والأفيون يقع زجرا ، وعليه الفتوى ، وتمامه فى النهر (قوله زجرا) أشار به إلى التفصيل المذكور ، فإنه إذا كان للتداوى لاينزجر عنه لعدم قصد المعصية ط (قوله اختلاف التصحيح الخ) فصحح فى التحفة وغيرها عدم الوقوع . وجزم فى الخلاصة بالوقوع . قال فى الفتح : والأول أحسن ، لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب فى زواله بسبب محظور وهو منتف . وفى النهر عن تصحيح القدورى أنه التحقيق (قوله نعم لو زال عقله بالصداع) لأن علة زوال العقل الصداع والشرب علة العلة ، والحكم لايضاف إلى علة العلة إلا عند عدم صلاحية العلة ، وتمامه فى الفتح .

هذا ، وقد فرض المسألة فى الفتح والبحر فيما إذا شرب خمرا فصدع . ويخالفه مافى الملتقط : لوكان النبيذ غير شديد فصدع فذهب عقله بالصداع لايقع طلاقه ، وإن كان النبيذ شديدا حراما فصدع فذهب عقله يقع طلاقه اه فقد فرق بين ماإذا كان بطريق محرم وغير محرم كما ترى فتأمل (قوله أو بمباح) كما إذا سكر من ورق الرمان فإنه لايقع طلاقه ولا عتاقه . ونقل الإجماع على ذلك صاحب التهذيب كذا فى الهندية ط . قلت : وكذا لوسكر ببنج أو أفيون تناوله لاعلى وجه المعصية بل للتداوى كما مر (قوله وفى القهستانى الخ) هذا مبنى على تعريف السكران الذى تصح تصرفاته عدنا بأنه من معه من العقل مايقوم به التكليف . وتعجب منه فى الفتح وقال : لاشك أنه على هذا التقدير لايتجه لأحد أن يقول لاتصح تصرفاته (قوله منها الوكيل بالطلاق صاحيا) أى فإنه إذا طلق سكران لايقع . ومنها الردة . ومنها الإقرار بالحدود الخالصة . ومنها لإشهاد على شهادة نفسه . ومنها تزويج الصغيرة بأقل من مهر المثل أو الصغير بأكثر فإنه لاينفذ . ومنها الوكيل بالبيع لوسكر فباع لم ينفذ على موكله . ومنها الغصب من صاح ورده عليه وهو سكران كذا فى الأشباه ح .

قلت : لكن اعترضه محشيه الحموى فى الأخيرة بأن المنقول فى العمادية أن الغاصب يبرأ بالرد عليه من الضمان فحكمه فيها كالصاحى ، وكذا فى مسألة الوكالة بالطلاق بأن الصحيح الوقوع ، نص عليه فى الخانية والبحر (قوله لكن قيده البزازى) قال فى النهر عن البزازية : وكله بطلاقها على مال فطلقها فى حال السكر فإنه لايقع ، وإن كان التوكيل والإيقاع حال السكر وقع ولو بلا مال وقع مطلقا ، لأن الرأى لابد منه لتقدير البدل اه .

بكونه على مال وإلا وقع مطلقا؛ ولم يوقع الشافعى طلاق السكران، واختاره الطحاوى والكرخى . وفى التاتارخانية عن التفريق : والفتوى عليه (أو أخرس) ولوطارئا إن دام للموت به يفتى ، وعليه فتصرفاته موقوفة . واستحسن الكمال اشتراط كتابته (بإشارته) المعهودة فإنها تكون كعبارة الناطق استحسانا (أومخطئا) بأن أراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق أو تلفظ به غير عالم بمعناه أو غافلا أو ساهيا

أقول : والتعليل يفيد أنه لو وكله بطلاقها على ألف فطلقها فى حال السكر وقع مطلقا ح (قوله واختاره الطحاوى والكرخى) وكذا محمد بن سلمة ، وهو قول زفر كما أفاده فى الفتح (قوله عن التفريق) صوابه عن التفريد بالدال آخره لابالقاف كما رأيته فى نسخ التاترخانية (قوله والفتوى عليه) قد علمت مخالفته لسائر المتون ح . وفى التاترخانية : طلاق السكران واقع إذا سكر من الخمر أو النبيذ وهو مذهب أصحابنا (قوله إن دام للموت) قيد فى طارئا فقط ح . قال فى البحر : فعلى هذا إذا طلق من اعتقل لسانه توقف، فإن دام به إلى الموت نفذ ، وإن زال بطل اه .

قلت : وكذا لوتزوج بالإشارة لايحل له وطؤها لعدم نفاذه قبل الموت وكذا سائر عقوده ، ولا يخفى مافى هذا من الحرج (قوله به يفتى) وقدر التمرتاشى الامتداد بسنة بحر .

وفى التاترخانية عن الينابيع : ويقع طلاق الأخرس بالإشارة ، يريد به الذى ولد وهو أخرس أو طرأ عليه ذلك ودام حتى صارت إشارته مفهومة وإلا لم تعتبر (قوله واستحسن الكمال الخ) حيث قال : وقال بعض الشافعية : إن كان يحسن الكتابة لايقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة ، وهو قول حسن ، وبه قال بعض مشايخنا اه .

قلت : بل هذا القول تصريح بما هو المفهوم من ظاهر الرواية . ففى كافى الحاكم الشهيد مانصه : فإن كان الأخرس لايكتب وكان له إشارة تعرف فى طلاقه ونكاحه وشرائه وبيعه فهو جائز ، وإن كان لم يعرف ذلك منه أو شك فيه فهو باطل اه . فقد رتب جواز الإشارة على عجزه عن الكتابة، فيفيد أنه إن كان يحسن الكتابة لاتجوز إشارته . ثم الكلام كما فى النهر إنما هو فى قصر صحة تصرفاته على الكتابة وإلا فغيره يقع طلاقه بكتابته كما يأتى آخر الباب ، فما بالك به (قوله بإشارته المعهودة) أى المقرونة بتصويت منه، لأن العادة منه ذلك فكانت الإشارة بيانا لما أجمله الأخرس بحر عن الفتح ، وطلاقه المفهوم بالإشارة إذا كان دون الثلاث فهو رجعى ، كذا فى المضمرات ط عن الهندية (قوله بأن أراد التكلم بغير الطلاق) بأن أراد أن يقول سبحان الله فجرى على لسانه أنت طالق تطلق لأنه صريح لايحتاج إلى النية ، لكن فى القضاء كطلاق الهازل واللاعب ط عن المنح ، وقوله كطلاق الهازل واللاعب مخالف لما قدمناه ولما يأتى قريبا .

وفى فتح القدير عن الحاوى معزيا إلى الجامع الأصغر أن أسدا سأل عمن أراد أن يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق ؟ فقال : فى القضاء تطلق التى سمى وفيما بينه وبين الله تعالى لاتطلق واحدة منهما ، أما التى سمى فلأنه لم يردها ، وأما غيرها فلأنها لو طلقت طلقت بمجرد النية (قوله غير عالم بمعناه) كما لو قالت لزوجها : اقرأ علىّ اعتدى أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا فى القضاء لافيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعلم الزوج ولم ينو بحر عن الخلاصة (قوله أو غافلا أو ساهيا) فى المصباح : الغفلة غيبة الشىء عن بال الإنسان وعدم تذكره له . وفيه أيضا سها عن الشىء يسهو غفل قلبه عنه حتى زال عنه فلم يتذكره . وفرقوا بين الساهى والناسى بأن الناسى إذا ذكر تذكر والساهى بخلافه اه . فالظاهر أن المراد هنا بالغافل الناسى بقرينة عطف الساهى

أوبألفاظ مصحفة يقع قضاء فقط ، بخلاف الهازل واللاعب فإنه يقع قضاء وديانة لأن الشارع جعل هزله به جدا فتح (أو مريضا أو كافرا) لوجود التكليف . وأما طلاق الفضولى والإجازة قولا وفعلا فكالنكاح بزازية (و) بناء على اعتبار الزوج المذكور (لا يقع طلاق المولى على امرأة عبده) لحديث ابن ماجه « الطلاق لمن أخذ بالساق » إلا إذا قال زوّجتها منك على أن أمرها بيدى أطلقها كلما شئت فقال العبد قبلت ، وكذا إذا قال العبد إذا تزوجتها فأمرها بيدك أبدا كان كذلك خانية

عليه : وصورته أن يعلق طلاقها على دخول الدار مثلا فدخلها ناسيا التعليق أو ساهيا (قوله أو بألفاظ مصحفة) نحو طلاع وتلاغ وطلاك وتلاك كما يذكره أول الباب الآتى (قوله يقع قضاء) متعلق بالمخطئ وما بعده ح ، لكن فى وقوعه فى الساهى والغافل على ماصوّرناه لا يظهر التقييد بالقضاء ، إذ لا فرق فى مباشرة سبب الحنث بين التعمد وغيره .

[تنبيه] فى الحاوى الزاهدى : ظن أنه وقع الثلاث على امرأته بإفتاء من لم يكن أهلا للفتوى وكلف الحاكم كتابتها فى الصك فكتبت ثم استفتى ممن هو أهل للفتوى فأفتى بأنه لا يقع والتطليقات الثلاث مكتوبة فى الصك بالظن فله أن يعود إليها ديانة ولكن لا يصدق فى الحكم اه (قوله واللاعب) الظاهر أنه عطف على الهازل للتفسير ح (قوله جعل هزله به جدا) لأنه تكلم بالسبب قصدا فيلزمه حكمه وإن لم يرض به لأنه مما لا يحتمل النقض كالعتاق والنذر واليمين (قوله أو مريضا) أى لم يزل عقله بالمرض بدليل التعليل ط (قوله أو كافرا) أى وقد ترافعا إلينا لأنه لا يحكم بالفرقة إلا فى ثلاث كما مر فى نكاح الكافر ط (قوله لوجود التكليف) علة لهما ، وهو جرى على المعتمد فى الكفار أنهم مكلفون بأحكام الفروع اعتقادا وأداء ط (قوله فكالنكاح) أى فكما أن نكاح الفضولى صحيح موقوف على الإجازة بالقول أو بالفعل فكذا طلاقه ح ؛ فلو حلف لا يطلق فطلق فضولى ، إن أجاز بالقول حنث ، وبالفعل لا بحر . والإجازة بالفعل يمكن أن تكون بأن يدفع إليها مؤخر صداقها بعد ماطلق الفضولى كما أفاده فى النهر ، لكن فى حاشية الخير الرملى أنه نقل فى جامع الفصولين عن فوائد صاحب المحيط أنّ بعث المهر إليها ليس باجازة لوجوبه قبل الطلاق ، بخلاف النكاح وأنه نقل عن مجموع النوازل فى الطلاق والخلع قولين فى قبض الجعل هل هو إجازة أم لا فراجعه اه . قلت : وقد يحمل مافى الفوائد على بعث المعجل ، فلا ينافى مافى النهر تأمل (قوله لحديث ابن ماجه) رواه عن ابن عباس من طريق فيها ابن لهيعة ، ورواه الدارقطنى أيضا من غيرها كما فى الفتح ، ومراده تقوية الحديث لأن ابن لهيعة متكلم فيه ، فقد اختلف المحدّثون فى جرحه وتوثيقه (قوله الطلاق لمن أخذ بالساق) كناية عن ملك المتعة (قوله إلا إذا قال) أى المولى عند تزويج أمته من عبده وصورها بما إذا بدأ المولى ، لأنه لو بدأ العبد فقال زوجنى أمتك هذه على أن أمرها بيدك تطلقها كلما شئت فزوّجها منه يجوز النكاح ولا يكون الأمر بيد المولى كما فى البحر عن الخانية ولم يذكر وجه الفرق . وذكره فى الخانية فى مسألة قبلها ، وهى إذا تزوج امرأة على أنها طالق جاز النكاح وبطل الطلاق . وقال أبو الليث : هذا إذا بدأ الزوج وقال تزوجتك على أنك طالق ، وإن ابتدأت المرأة فقالت زوجت نفسى منك على أنى طالق أو على أن يكون الأمر بيدى أطلق نفسى كلما شئت فقال الزوج قبلت جاز النكاح ويقع الطلاق ويكون الأمر بيدها ، لأن البداءة إذا كانت من الزوج كان الطلاق والتفويض قبل النكاح فلا يصح ، أما إذا كانت من المرأة يصير التفويض بعد النكاح لأن الزوج لما قال بعد كلام المرأة قبلت ، والجواب يتضمن إعادة مافى السؤال صار كأنه قال قبلت على أنك طالق أو على أن يكون الأمر بيدك فيصير مفوضا بعد النكاح اه (قوله وكذا الخ) هذه الصورة حيلة لصيرورة الأمر بيد المولى بلا توقف على قبول العبد ، لأنه فى الأولى قد تم النكاح بقول المولى زوجتك أمتى

(والمجنون) إلا إذا علق عاقلا ثم جن فوجد الشرط ، أو كان عنينا أو مجبوبا أو أسلمت وهو كافر وأبى أبواه الإسلام وقع الطلاق أشباه (والصبي) ولو مراهقا أو أجازه بعد البلوغ ، أما لو قال أوقعته وقع لأنه ابتداء إيقاع وجوّزه الإمام أحمد (والمعتوه) من العته ، وهو اختلال في العقل (والمبرسم) من البرسام بالكسر علة كالجنون (والمغمى عليه) هو لغة المغشى (والمدهوش) فتح . وفي القاموس : دهش الرجل تحير ودهش بالبناء للمفعول فهو مدهوش وأدهشه الله (والنائم) لانتفاء الإرادة ، ولذا لايتصف بصدق ولا كذب ولا خبر ولا إنشاء

فيمكن العبد أن لايقبل فلا يصير الأمر بيد المولى ، أفاده في البحر (قوله والمجنون) قال في التلويح : الجنون اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب ، بأن لاتظهر آثارها وتتعطل أفعالها ، إما لنقصان جبل عليه دماغه في أصل الخلقة ، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة ، وإما لاستيلاء الشيطان عليه وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفزع من غير مايصلح سببا اه .

وفي البحر عن الخانية : رجل عرف أنه كان مجنونا فقالت له امرأته طلقتني البارحة فقال أصابني الجنون ولا يعرف ذلك إلا بقوله كان القول قوله اه (قوله إلا إذا علق عاقلا الخ) كقوله إن دخلت الدار فدخلها مجنونا بخلاف إن جننت فأنت طالق فجن لم يقع ، كذا ذكره الشارح في باب نكاح الكافر ، فالمراد إذا علق على غير جنونه (قوله أو كان عنينا) أي وفرق القاضي بينه وبين زوجته بطلبها بعد تأجيله سنة ، لأن الجنون لايعدم الشهوة كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى (قوله أو مجبوبا) أي وفرق القاضي بينهما في الحال بطلبها (قوله وقع الطلاق) جواب إذا ووقوعه المسائل الأربع للحاجة ، ودفع الضرر لاينافي عدم أهليته للطلاق في غيرها كما مر تحقيقه في باب نكاح الكافر (قوله والصبي) أي إلا إذا كان مجبوبا وفرق بينهما أو أسلمت زوجته فعرض الإسلام عليه مميزا فأبى وقع الطلاق رملي . قال : وقد أفتيت بعدم وقوعه فيما إذا زوجه أبوه امرأة وعلق عليه متى تزوج أو تسرى عليه فكذا فكبر فتزوج عالما بالتعليق أولا اه (قوله أو أجازه بعد البلوغ) لأنه حين وقوعه وقع باطلا والباطل لايجاز ط (قوله لأنه ابتداء إيقاع) لأن الضمير في أوقعته راجع إلى جنس الطلاق ، ومثله مالو قال أوقعت ذلك الطلاق ، بخلاف قوله أوقعت الذي تلفظته فإنه إشارة إلى المعين الذي حكم ببطلانه ، فأشبه ما إذا قال أنت طالق ألفا ثم قال ثلاثا عليك والباقي على ضراتك ، فإن الزائد على الثلاث ملغى أفاده في البحر (قوله وجوزه الإمام أحمد) أي إذا كان مميزا يعقله بأن يعلم أن زوجته تبين منه كما هو مقرر في متون مذهبه فافهم (قوله من العته) بالتحريك من باب تعب مصباح (قوله وهو اختلال في العقل) هذا ذكره في البحر تعريفا للجنون وقال ويدخل فيه المعتوه . وأحسن الأقوال في الفرق بينهما أن المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير ، لكن لايضرب ولا يشتم بخلاف المجنون اه وصرح الأصوليون بأن حكمه كالصبي إلا أن الدبوسي قال تجب عليه العبادات احتياطا . ورده صدر الإسلام بأن العته نوع جنون فيمنع وجوب أداء الحقوق جميعا كما بسطه في شرح التحرير (قوله بالكسر الخ) أي كسر الباء . قال في البحر : وفي بعض كتب الطب أنه ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والأمعاء ثم يتصل بالدماغ ط (قوله هو لغة المغشى) قال في التحرير : الإغماء آفة في القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا وإلا عصم منه الأنبياء ، وهو فوق النوم فلزمه مالزمه وزيادة كونه حدثا ولو في جميع حالات الصلاة ومنع البناء ، وبخلاف النوم في الصلاة إذا اضطجع حالة النوم له البناء (قوله وفي القاموس دهش) أي بالكسر كفرح . ثم إن اقتصاره على ذكر التحير غير صحيح ، فإنه في القاموس قال بعده أو ذهب عقله حياء أو خوفا اه وهذا هو المراد هنا ، ولذا جعله في البحر داخلا في المجنون .

ولو قال : أجزته أو أوقعته لايقع لأنه أعاد الضمير إلى غير معتبر جوهرة . ولو قال : أوقعت ذلك الطلاق

مطلب فى طلاق المدهوش

وقال فى الخيرية : غلط من فسره هنا بالتحير ، إذ لايلزم من التحير وهو التردد فى الأمر ذهاب العقل . وسئل نظما فيمن طلق زوجته ثلاثا فى مجلس القاضى وهو مغتاظ مدهوش ، فأجاب نظما أيضا بأن الدهش من أقسام الجنون فلا يقع ، وإذا كان يعتاده بأن عرف منه الدهش مرة يصدّق بلا برهان اه .

قلت : وللحافظ ابن القيم الحنبلى رسالة فى طلاق الغضبان قال فيها إنه على ثلاثة أقسام : أحدها أن يحصل له مبادى الغضب بحيث لايتغير عقله ويعلم مايقول ويقصده ، وهذا لاإشكال فيه . الثانى أن يبلغ النهاية فلا يعلم مايقول ولا يريده ، فهذا لاريب أنه لاينفذ شيء من أقواله . الثالث من توسط بين المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون فهذا محل النظر ، والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله اه ملخصا من شرح الغاية الحنبلية ، لكن أشار فى الغاية إلى مخالفته فى الثالث حيث قال : ويقع طلاق من غضب خلافا لابن القيم اه وهذا الموافق عندنا لما مر فى المدهوش ، لكن يرد عليه أنا لم نعتبر أقوال المعتوه مع أنه لايلزم فيه أن يصل إلى حالة لايعلم فيها مايقول ولا يريده .

وقد يجاب بأن المعتوه لما كان مستمرا على حالة واحدة يمكن ضبطها اعتبرت فيه واكتفى فيه بمجرد نقص العقل ، بخلاف الغضب فإنه عارض فى بعض الأحوال ، لكن يرد عليه الدهش فإنه كذلك .

والذى يظهر لى أن كلا من المدهوش والغضبان لايلزم فيه أن يكون بحيث لايعلم مايقول بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به فى السكران على مامر ، ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل فإن الجنون فنون ، ولذا فسره فى البحر باختلال العقل وأدخل فيه العته والبرسام والإغماء والدهش ، ويؤيد ماقلنا قول بعضهم : العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادرا ، والمجنون ضده . وأيضا فإن بعض المجانين يعرف مايقول ويريده ويذكر مايشهد الجاهل به بأنه عاقل ثم يظهر منه فى مجلسه ماينافيه ، فإذا كان المجنون حقيقة قد يعرف مايقول ويقصده فغيره بالأولى ، فالذى ينبغى التعويل عليه فى المدهوش ونحوه إناطة الحكم بغلبة الخلل فى أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته ، وكذا يقال فيمن اختلّ عقله لكبر أو لمرض أو لمصيبة فاجأته : فما دام فى حال غلبة الخلل فى الأقوال والأفعال لاتعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها ، لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح كما لاتعتبر من الصبى العاقل ، نعم يشكل عليه ماسيأتى فى التعليق عن البحر ، وصرح به فى الفتح والخانية وغيرهما ، وهو : لو طلق فشهد عنده اثنان أنك استثنيت وهو غير ذاكر ، إن كان بحيث إذا غضب لايدرى مايقول وسعه الأخذ بشهادتهما وإلا لا اه فإن مقتضاه أنه إذا كان لايدرى مايقول يقع طلاقه وإلا فلا حاجة إلى الأخذ بقولهما إنك استثنيت ، وهذا مشكل جدا ، إلا أن يجاب بأن المراد بكونه لايدرى مايقول أنه لقوة غضبه قد ينسى مايقول ولا يتذكره بعد ، وليس المراد أنه صار يجرى على لسانه ما لايفهمه أو لايقصده ، إذ لاشك أنه حينئذ يكون فى أعلى مراتب الجنون ، ويؤيد هذا الحمل أنه فى هذا الفرع عالم بأنه طلق وهو قاصد له ، لكنه لم يتذكر الاستثناء لشدة غضبه ، هذا ماظهر لى فى تحرير هذا المقام ، والله أعلم بحقيقة المرام . ثم رأيت مايؤيد ذلك الجواب ، وهو أنه قال فى الولوالجية : إن كان بحال لو غضب يجرى على لسانه مالايحفظه بعده جاز له الاعتماد على قول الشاهدين ، فقوله لايحفظه بعده صريح فيما قلنا ، والله أعلم (قوله لأنه أعاد الضمير إلى غير معتبر) أشار به إلى أن الفرق بين كلام الصبى وبين كلام النائم هو أن كلام الصبى معتبر فى اللغة والنحو غاية الأمر أن الشارع ألغاه ، بخلاف كلام النائم فإنه غير معتبر عند أحد اه ح :

أوجعلته طلاقا وقع بحر (وإذا ملك أحدهما الآخر) كله (أو بعضه بطل النكاح ، ولو حررته حين ملكته فطلقها فى العدة أو خرجت الحربية) إلينا (مسلمة ثم خرج زوجها كذلك) مسلما فطلقها فى العدة ألغاه الثانى فى المسألتين (وأوقعه الثالث) فيهما

قلت : وهو مأخوذ من قول الشارح ولذا لايتصف بصدق ولا كذب ولا خبر ولا إنشاء .

وفى التحرير : وتبطل عباراته من الإسلام والردة والطلاق ، ولم توصف بخبر وإنشاء وصدق وكذب كألحان الطيور اه . ومثله فى التلويح ، فهذا صريح فى أن كلام النائم لايسمى كلاما لغة ولا شرعا بمنزلة المهمل . وأما فساد صلاته به فلأن إفسادها لايتوقف على كون الكلام معتبرا فى اللغة أو الشرع لأنها تفسد بالمهمل أكثر من غيره ، فقد اتضح الفرق بين كلامه وكلام الصبى فافهم .

ثم لايخفى أنه لاحاجة إلى الفرق بينهما فى قوله أجزته لأنه لايقع فيهما ، لأن الإجازة لما ينعقد موقوفا ، وكل من طلاق الصبى والنائم وقع باطلا لاموقوفا كما هو الحكم فى تصرفات الصبى التى هى ضرر محض كالطلاق والعتق ، بخلاف المتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء والنكاح فإنه ينعقد موقوفا ، حتى لو بلغ فأجازه صح كما قدمناه قبيل باب المهر ، وإنما يحتاج إلى الفرق بينهما فى قوله أوقعته فإنه قدم فى الصبى أنه يقع لأنه ابتداء إيقاع ولم يجعل فى النائم كذلك .

وتوضيح الفرق أن كلام الصبى له معنى لغوى وإن لم يلزمه الشرع بموجبه ، فصح عود الضمير فى أوقعته إلى جنس الطلاق الذى تضمنه قوله لزوجته طلقتك بخلاف النائم فإن كلامه لما لم يعتبر لغة أيضا كان مهملا لم يتضمن شيئا ، فقد عاد الضمير على غير مذكور أصلا فكأنه قال أوقعت بدون ضمير فلم يصح جعله ابتداء إيقاع (قوله أو جعلته طلاقا) كذا عبارة البحر . والذى رأيته فى التاترخانية : أو قال جعلت ذلك الطلاق طلاقا باسم الإشارة كالتى قبلها .

قلت : ويشكل الفرق ، فإن اسم الإشارة كالضمير فى عوده إلى ماسبق فينبغى عدم الوقوع هنا أيضا . وقد يجاب بأن اسم الإشارة لما لغا مرجعه اعتبر لفظ الطلاق المذكور بعده فصار كأنه قال أوقعت الطلاق أو جعلت الطلاق طلاقا فصح جعله ابتداء إيقاع ، بخلاف الضمير إذا لغا مرجعه كما قررناه .

وفى التاترخانية : ولو قال أوقعت ماتلفظت به حالة النوم لايقع شىء اه وهو ظاهر كما مر فى طلاق الصبى (قوله وإذا ملك أحدهما الآخر) يعنى ملكا حقيقيا فلا تقع الفرقة بين المكاتب وزوجته إذا اشتراها لقيام الرق والثابت له حق الملك وهو لايمنع بقاء النكاح كما فى الفتح شرنبلالية (قوله ألغاه الثانى) أى قال أبو يوسف لايقع الطلاق فى المسألتين وأوقعه محمد فيهما ، لأن العدة قائمة والمعتدة محل للطلاق . ولأبى يوسف أن الفرقة وقعت بملك أحد الزوجين صاحبه أو بتباين الدارين فخرجت المرأة من محلية الطلاق ، وبالعدة لاتثبت المحلية كما فى النكاح الفاسد ، قيد بالتحرير والمهاجرة لأن الطلاق قبلهما لايقع اتفاقا ، لأن العدة لم يظهر أثرها فى حق الطلاق ، وإنما يظهر أثرها فى حق التزوج بزوج آخر كذا فى المصفى اه ابن ملك على المجمع .

[تنبيه] قال فى الشرنبلالية : لم يذكر المصنف عكس المسألة الأولى ، وهو مالو حررها بعد شرائه ثم طلقها فى العدة والحكم وقوع الطلاق فى قول محمد وأبى يوسف الأول . ورجع أبو يوسف عن هذا وقال لايقع ، وهو قول زفر وعليه الفتوى قاله قاضيخان ، فعليه تكون الفتوى على مامشى عليه المصنف تبعا للمجمع من عدم وقوع الطلاق فيما لو حررته هى بعد شرائها إياه اه .

(واعتبار عدده بالنساء) وعند الشافعي بالرجال (فطلاق حرة ثلاث، وطلاق أمة ثنتان) مطلقا (ويقع الطلاق بلفظ العتق بنية) أو دلالة حال (لاعكسه) لأن إزالة الملك أقوى من إزالة القيد .

[فروع] كتب الطلاق، إن مستبينا على نحو لوح وقع إن نوى، وقيل مطلقا، ولو على نحو الماء فلا مطلقا.

ولو كتب على وجه الرسالة والخطاب ؛ كأن يكتب يافلانة : إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق طلقت بوصول الكتاب جوهرة .

مطلب اعتبار عدد الطلاق بالنساء

(قوله واعتبار عدده بالنساء) لقوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة ثنتان، وعدتها حيضتان » رواه أبوداود والترمذي وابن ماجه والدار قطني عن عائشة ترفعه . وقال الترمذي : حديث غريب ؛ والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم . وفي الدارقطني قال القاسم وسالم : عمل به المسلمون وتمامه في الفتح ؛ وحقق أنه إن لم يكن صحيحا فهو حسن (قوله مطلقا) راجع إلى الحرة والأمة أي سواء كانت الحرة أو الأمة تحت حر أو عبد ط (قوله ويقع الطلاق الخ) يعني إذا قال لامرأته أعتقتك تطلق إذا نوى أو دل عليه الحال . وإذا قال لأمته طلقتك لاتعتق ، لأن إزالة الملك أقوى من إزالة القيد ، وليست الأولى لازمة للثانية فلا تصح استعارة الثانية للأولى ويصح العكس درر .

مطلب في الطلاق بالكتابة

(قوله كتب الطلاق الخ) قال في الهندية : الكتابة على نوعين : مرسومة وغير مرسومة ، ونعني بالمرسومة أن يكون مصدرا ومعنونا مثل مايكتب إلى الغائب . وغير المرسومة أن لايكون مصدرا ومعنونا، وهو على وجهين مستبينة وغير مستبينة ، فالمستبينة مايكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته . وغير المستبينة مايكتب على الهواء والماء وشيء لايمكن فهمه وقراءته . ففي غير المستبينة لايقع الطلاق وإن نوى، وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة إن نوى الطلاق يقع وإلا لا ، وإن كانت مرسومة يقع الطلاق نوى أو لم ينو ثم المرسومة لاتخلو إما أن أرسل الطلاق بأن كتب : أما بعد فأنت طالق ، فكما كتب هذا يقع الطلاق وتلزمها العدة من وقت الكتابة ، وإن علق طلاقها بمجيء الكتاب بأن كتب: إذا جاءك كتابي فأنت طالق فجاءها الكتاب فقرأته أو لم تقرأ يقع الطلاق كذا في الخلاصة ط (قوله إن مستبينا) أي ولم يكن مرسوما أي معتادا وإنما لم يقيده به لفهمه من مقابله وهو قوله : ولوكتب على وجه الرسالة الخ فإنه المراد بالمرسوم (قوله مطلقا) المراد به في الموضعين نوى أو لم ينو، وقوله ولو على نحو الماء مقابل قوله إن مستبينا (قوله طلقت بوصول الكتاب) أي إليها ولا يحتاج إلى النية في المستبين المرسوم ، ولا يصدق في القضاء أنه عنى تجربة الخط بحر ، ومفهومه أنه يصدق ديانة في المرسوم رحمتي . ولو وصل إلى أبيها فمزقه ولم يدفعه إليها ، فإن كان متصرفا في جميع أمورها فوصل إليه في بلدها وقع ، وإن لم يكن كذلك فلا مالم يصل إليها ، وإن أخبرها بوصوله إليه ودفعه إليها ممزقا، إن أمكن فهمه وقراءته وقع وإلا فلا ط عن الهندية .

وفي التاترخانية : كتب في قرطاس : إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق ثم نسخه في آخر أو أمر غيره بنسخه ولم يمله عليه فأتاها الكتابان طلقت ثنتين قضاء إن أقر أنهما كتاباه أو برهنت ، وفي الديانة تقع واحدة بأيهما أتاها ويبطل الآخر ؛ ولو قال للكاتب : اكتب طلاق امرأتي كان إقرارا بالطلاق وإن لم يكتب ؛ ولو استكتب من

وفى البحر : كتب لامرأته : كل امرأة لى غيرك وغير فلانة طالق ثم محا اسم الأخيرة وبعثه لم تطلق ، وهذه حيلة عجيبة ، وسيجىء مالو استثنى بالكتابة .

باب الصريح

(صريحه مالم يستعمل إلا فيه) ولو بالفارسية (كطلقتك وأنت طالق ومطلقة)

آخر كتابا بطلاقها وقرأه على الزوج فأخذه الزوج وختمه وعنونه وبعث به إليها فأتاها وقع إن أقر الزوج أنه كتابه أو قال للرجل ابعث به إليها ، أو قال له اكتب نسخة وابعث بها إليها ، وإن لم يقرّ أنه كتابه ولم تقم بينة لكنه وصف الأمر على وجهه لاتطلق قضاء ولا ديانة ، وكذا كل كتاب لم يكتبه بخطه ولم يمله بنفسه لايقع الطلاق مالم يقرّ أنه كتابه اه ملخصا (قوله كتب لامرأته) الخ. صورته : له امرأة تدعى زينب ثم تزوج فى بلدة أخرى امرأة تدعى عائشة فبلغ زينب فخاف منها ، فكتب إليها كل امرأة لى غيرك وغير عائشة طالق ، ثم محا قوله وغير عائشة اه ح .

قلت : وينبغى أن يشهد على كتابة ما محاه لئلا يظهر الحال فيحكم عليه القاضى بطلاق عائشة تأمل (قوله عجيبة) وجه العجب نفع الكتابة بعد محوها ط (قوله وسيجىء مالو استثنى بالكتابة) أى فى باب التعليق عند قوله قال لها أنت طالق إن شاء الله متصلا اه ح .

وفى الهندية : وإذا كتب الطلاق واستثنى بلسانه أو طلق بلسانه واستثنى بالكتابة هل يصح ؟ لارواية لهذه المسألة وينبغى أن يصح كذا فى الظهيرية ط ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب الصريح

لما قدم ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السنى والبدعى وبعض أحكام تلك الكليات ذكر أحكام بعض جزئياتها مضافة إلى المرأة أو إلى بعضها وما هو صريح منها أو كناية ، فصار كتفصيل يعقب إجمالا (قوله مالم يستعمل إلا فيه) أى غالبا كما يفيده كلام البحر .

وعرفه فى التحرير بما يثبت حكمه الشرعى بلا نية ، وأراد بما اللفظ أو مايقوم مقامه من الكتابة المستبينة أو الإشارة المفهومة ، فلا يقع بإلقاء ثلاثة أحجار إليها أو بأمرها بحلق شعرها وإن اعتقد الإلقاء والحلق طلاقا كما قدمناه ، لأن ركن الطلاق اللفظ أو مايقوم مقامه مما ذكر كما مر (قوله ولو بالفارسية) فما لايستعمل فيها إلا فى الطلاق فهو صريح يقع بلا نية ، وما استعمل فيها استعمال الطلاق وغيره فحكمه حكم كنايات العربية فى جميع الأحكام بحر .

وفى حاشيته للخير الرملى عن جامع الفصولين أنه ذكر كلاما بالفارسية معناه إن فعل كذا تجرى كلمة الشرع بينى وبينك ينبغى أن يصح اليمين على الطلاق لأنه متعارف بينهم فيه اه .

قلت : لكن قال فى [نور العين] الظاهر أنه لايصح اليمين لما فى البزازية من كتاب ألفاظ الكفر : إنه قد اشتهر فى رساتيق شروان أن من قال جعلت كلما أو علىّ كلما أنه طلاق ثلاث معلق ، وهذا باطل ومن هذيانات العوام اه فتأمل .

بالتشديد قيد بخطابها، لأنه لوقال: إن خرجت يقع الطلاق أو لا تخرجى إلا بإذنى فإنى حلفت بالطلاق فخرجت لم يقع لتركه الإضافة إليها (ويقع بها) أى بهذه الألفاظ وما بمعناها من الصريح ،

مطلب « سن بوش » يقع به الرجعى

[تنبيه] قال فى الشرنبلالية : وقع السؤال عن التطليق بلغة الترك هل هو رجعى باعتبار القصد أو بائن باعتبار مدلول «سن بوش » أو « بوش أول » لأن معناه خالية أو خلية فينظر اه .

قلت : وأفتى الرحيمى تلميذ الخير الرملى بأنه رجعى وقال كما أفتى به شيخ الإسلام أبو السعود . ونقل مثله شيخ مشايخنا التركمانى عن فتاوى على أفندى مفتى دار السلطنة وعن الحامدية (قوله بالتشديد) أى تشديد اللام فى مطلقة ، أما بالتخفيف فيلحق بالكناية بحر ، وسيذكره فى بابها (قوله لتركه الإضافة) أى المعنوية فإنها الشرط والخطاب من الإضافة المعنوية ، وكذا الإشارة نحو هذه طالق ، وكذا نحو امرأتى طالق وزينب طالق اه ح .

أقول : وما ذكره الشارح من التعليل أصله لصاحب البحر أخذا من قول البزازية فى الأيمان قال لها : لاتخرجى من الدار إلا بإذنى فإنى حلفت بالطلاق فخرجت لايقع لعدم ذكر حلفه بطلاقها ، ويحتمل الحلف بطلاق غيرها فالقول له اه ومثله فى الخانية . وفى هذا الأخذ نظر ، فإن مفهوم كلام البزازية أنه لو أراد الحلف بطلاقها يقع لأنه جعل القول له فى صرفه إلى طلاق وغيرها ، والمفهوم من تعليل الشارح تبعا للبحر عدم الوقوع أصلا لفقد شرط الإضافة ، مع أنه لو أراد طلاقها تكون الإضافة موجودة ويكون المعنى فإنى حلفت بالطلاق منك أو بطلاقك ، ولا يلزم كون الإضافة صريحة فى كلامه ؛ لما فى البحر لو قال : طالق فقيل له من عنيت ؟ فقال امرأتى طلقت امرأته اه . على أنه فى القنية قال عازيا إلى البرهان صاحب المحيط : رجل دعته جماعة إلى شرب الخمر فقال إنى حلفت بالطلاق أنى لاأشرب وكان كاذبا فيه ثم شرب طلقت . وقال صاحب التحفة : لاتطلق ديانة اه وما فى التحفة لايخالف ماقبله ، لأن المراد طلقت قضاء فقط ، لما مر من أنه لو أخبر بالطلاق كاذبا لايقع ديانة بخلاف الهازل ، فهذا يدل على وقوعه وإن لم يضفه إلى المرأة صريحا ، نعم يمكن حمله على ماإذا لم يقل إنى أردت الحلف بطلاق غيرها فلا يخالف مافى البزازية . ويؤيده مافى البحر لو قال : امرأة طالق أو قال طلقت امرأة ثلاثا وقال لم أعن امرأتى يصدق اه ويفهم منه أنه لو لم يقل ذلك تطلق امرأته ، لأن العادة أن من له امرأة إنما يحلف بطلاقها لابطلاق غيرها ، فقوله إنى حلفت بالطلاق ينصرف إليها مالم يرد غيرها لأنه يحتمله كلامه ، بخلاف مالو ذكر اسمها أو اسم أبيها أو أمها أو ولدها فقال : عمرة طالق أو بنت فلان أو بنت فلانة أو أم فلان ، فقد صرحوا بأنها تطلق ، وأنه لو قال : لم أعن امرأتى لايصدق قضاء إذا كانت امرأته كما وصف كما سيأتى قبيل الكنايات ، وسيذكر قريبا أن من الألفاظ المستعملة : الطلاق يلزمنى ، والحرام يلزمنى ، وعلىّ الطلاق ، وعلىّ الحرام ، فيقع بلا نية للعرف الخ فأوقعوا به الطلاق مع أنه ليس فيه إضافة الطلاق إليها صريحا ، فهذا مؤيد لما فى القنية ، وظاهره أنه لايصدّق فى أنه لم يرد امرأته للعرف ، والله أعلم (قوله وما بمعناها من الصريح) أى مثل ماسيذكره من نحو : كونى طالقا واطلقى ويامطلقة بالتشديد ، وكذا المضارع إذا غلب فى الحال مثل أطلقك كما فى البحر .

قلت : ومنه فى عرف زماننا : تكونى طالقا ، ومنه : خذى طلاقك فقالت أخذت ، فقد صحح الوقوع به بلا اشتراط نية كما فى الفتح ، وكذا لايشترط قولها أخذت كما فى البحر . وأما مافى البحر من أن منه : شئت طلاقك ،

ويدخل نحو طلاغ وتلاغ وطلاك وتلاك أو « ط ل ق » أو « طلاق باش » بلا فرق بين عالم وجاهل ، وإن قال تعمدته تخويفا لم يصدق قضاء إلا إذا أشهد عليه قبله ، به يفتى ؛ ولو قيل له طلقت امرأتك فقال نعم أو بلى بالهجاء طلقت بحر (واحدة رجعية ،

ورضيت طلاقك ، ففيه خلاف . وجزم الزيلعي بأنه لابد فيهما من النية كما ذكره الخير الرملي : أى فيكون كناية لأن الصريح لايحتاج إلى النية .

وأما مافى البحر أيضا من أن منه : وهبت لك طلاقك وأودعتك طلاقك ورهنتك طلاقك فسيذكر الشارح تصحيح الوقوع به . وأما أنت الطلاق فليس بمعنى المذكورات ، لأن المراد بها مايقع به واحدة رجعية وإن نوى خلافها كما صرح به المصنف ، وأنت الطلاق تصح فيه نية الثلاث كما ذكره عقبه . وأما أنت أطلق من فلانة ، ففى النهر عن الولوالجية أنه كناية قال : فإن كان جوابا لقولها إن فلانا طلق امرأته وقع ولايدين كما فى الخلاصة ، لأن دلالة الحال قائمة مقام النية ، حتى لو لم تكن قائمة لم يقع إلا بالنية اه فافهم .

مطلب من الصريح الألفاظ المصحفة

(قوله ويدخل نحو طلاغ وتلاغ الخ) أى بالغين المعجمة . قال فى البحر : ومنه الألفاظ المصحفة وهى خمسة فزاد على ماهنا تلاق . وزاد فى النهر إبدال القاف لاما . قال ط : وينبغى أن يقال إن فاء الكلمة إما طاء أو تاء واللام إما قاف أو عين أو غين أو كاف أو لام واثنان فى خمسة بعشرة تسعة منها مصحفة ، وهى ماعدا الطاء مع القاف اه (قوله أو ط ل ق) ظاهر ماهنا ومثله فى الفتح والبحر أن يأتى بمسمى أحرف الهجاء ، والظاهر عدم الفرق بينها وبين أسمائها .

ففى الذخيرة من كتاب العتق : وعن أبى يوسف فيمن قال لأمته : ألف نون تاء حاء راء هاء ، أو قال لامرأته ألف نون تاء طاء ألف لام قاف أنه إن نوى الطلاق والعتاق تطلق المرأة وتعتق الأمة ، وهذا بمنزلة الكناية ، لأن هذه الحروف يفهم منها ماهو المفهوم من صريح الكلام ، إلا أنها لا تستعمل كذلك فصارت كالكناية فى الافتقار إلى النية اه . وأنت خبير بأنه إذا افتقر إلى النية لايناسب ذكره هنا ، لأن الكلام فيما يقع به الرجعية وإن لم ينو ، وسيصرح الشارح أيضا بعد صفحة بافتقاره إلى النية ، وذكره أيضا فى باب الكناية ، وقدمناه أيضا أول الطلاق عن الفتح .

وفى البحر : يقع بالتهجى كأنت ط ل ق ، وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م أو ب ل ى بالهجاء وإن لم يتكلم به أطلقه فى الخانية ولم يشترط النية ، وشرطها فى البدائع اه .

قلت : عدم التصريح بالاشتراط لاينافى الاشتراط ، على أن الذى فى الخانية هو مسألة الجواب بالتهجى والسؤال بقول القائل طلقتها قرينة على إرادة جوابه فيقع بلا نية ، بخلاف قوله ابتداء أنت طالق بالتهجى تأمل (قوله أو طلاق باش) كلمة فارسية .

قال فى الذخيرة : ولو قال لها سه طلاق باش أو قال بطلاق باش تحكم النية ، وكان الإمام ظهير الدين يفتى بالوقوع فى هذه الصورة بلا نية (قوله بلا فرق الخ) هذا ذكره فى الألفاظ المصحفة فكان عليه ذكره عقبها بلافاصل (قوله تعمدته) أى التصحيف تخويفا لها بلا قصد الطلاق (قوله طلقت امرأتك) وكذا تطلق لو قيل له ألست طلقت امرأتك على مابحثه فى الفتح من عدم الفرق فى العرف بين الجواب بنعم أو بلى كما سيأتى فى الفروع آخر هذا الباب (قوله طلقت) أى بلا نية على ماقررناه آنفا (قوله واحدة) بالرفع فاعل قوله ويقع وهو صفة لموصوف محذوف أى طلقة واحدة ، أفاده القهستانى (قوله رجعية) أى عند عدم مايجعل بائنا .

وإن نوى خلافها) من البائن أو أكثر خلافا للشافعى (أو لم ينو شيئا) ولو نوى به الطلاق

مطلب الصريح نوعان رجعى و بائن

فنى البدائع أن الصريح نوعان : صريح رجعى ، وصريح بائن .
فالأول أن يكون بحروف الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لانصا ولا إشارة ولا موصوف بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد أو صفة تدل عليها ؛ وأما الثانى فبخلافه ، وهو أن يكون بحروف الإبانة وبحروف الطلاق، لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده، لكن مقرونا بعددالثلاث نصا أو إشارة أو موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أوتدل عليها من غير حرف العطف، أومشبها بعدد أوصفة تدل عليها اه . ويعلم محترز القيود مما يذكره المصنف آخر الباب من وقوع الثلاث فى أنت هكذا مشيرا بأصابعه ، ووقوع البائن فى أنت طالق بائن بخلاف وبائن وبأنت طالق كألف أو تطليقة طويلة ، واختار فى الفتح أن القسم الثانى ليس من الصريح، فلا حاجة للاحتراز عنه ؛ واستظهر فى البحر مافى البدائع معللا بأن حد الصريح يشمل الكل . قال فى النهر : للقطع بأنه قبل الدخول أوعلى مال ونحوه ذلك ليس كناية، وإلا لاحتاج إلى النية أودلالة الحال ؛ فتعين أن يكون صريحا إذلا واسطة بينهما اه .

وفيه عن الصيرفية : لو قال لها : أنت طالق ولا رجعة لى عليك فرجعية ، ولو قال : على أن لارجعة لى عليك فبائن اه وسيأتى آخر الباب تمام الكلام على الفرع الأخير (قوله وإن نوى خلافها) قيد بنيته، لأنه لو قال جعلتها بائنة أو ثلاثا كانت كذلك عند الإمام ، ومعنى جعل الواحدة ثلاثا على قوله إنه ألحق بها اثنتين لا أنه جعل الواحدة ثلاثا، كذا فى البدائع ،ووافقه الثانى فى البينونة دون الثلاث ونفاهما الثالث نهر، وتمامه فيه . وفى البحر : وسيذكره المصنف فى باب الكنايات .

وعلم مما ذكرنا أنه لو قرنه بالعدد ابتداء فقال : أنت طالق ثنتين ، أو قال ثلاثا يقع لما سيأتى فى الباب الآتى أنه متى قرن بالعدد كان الوقوع به، وسنذكر فى الكنايات مالو ألحق العدد بعد ماسكت (قوله من البائن أو أكثر) بيان لقوله خلافها فإن الضمير فيه للواحدة الرجعية فخلاف الواحدة الأكثر رجعيا أو بائنا، وخلاف الرجعية البائن ففى كلامه لف ونشر مشوش . وفيه أيضا إشارة إلى أنه لايشمل نية المكره الطلاق عن وثاق، فلا يرد أنه تصح نيته قضاء كما يأتى قريبا فافهم (قوله خلافا للشافعى) راجع إلى قوله أو أكثر فقط، والأولى أن يقول خلافا للأئمة الثلاثة كما يفاد من البحر ، وهو القول الأول للإمام ، لأنه نوى محتمل لفظه ط .

مطلب فى قول البحر : إن الصريح يحتاج فى وقوعه ديانة إلى النية

(قوله أو لم ينو شيئا) لما مر أن الصريح لايحتاج إلى النية، ولكن لابد فى وقوعه قضاء وديانة من قصد إضافة لفظ الطلاق إليها عالما بمعناه ولم يصرفه إلى ما يحتمله كما أفاده فى الفتح، وحققه فى النهر ، احترازا عما لو كرر مسائل الطلاق بحضرتها، أو كتب ناقلا من كتاب امرأتى طالق مع التلفظ، أو حكى يمين غيره فإنه لايقع أصلا مالم يقصد زوجته ،وعما لو لقنته لفظ الطلاق فتلفظ به غير عالم بمعناه فلا يقع أصلا على ماأفتى به مشايخ أو زجند صيانة عن التلبيس وغيرهم من الوقوع قضاء فقط، وعما لوسبق لسانه من قول أنت حائض مثلا إلى أنت طالق فإنه يقع قضاء فقط ، وعما لو نوى بأنت طالق الطلاق من وثاق فإنه يقع قضاء فقط أيضا .

وأما الهازل فيقع طلاقه قضاء وديانة لأنه قصد السبب عالما بأنه سبب فرتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده

عن وثاق دين إن لم يقرنه بعدد ؛ ولو مكرها صدق قضاء أيضا كما لو صرح بالوثاق أو القيد ، وكذا لو نوى طلاقها من زوجها الأول على الصحيح خانية ؛ ولو نوى عن العمل لم يصدق أصلا ؛ ولو صرح به دين فقط : (وفى أنت الطلاق) أو طلاق (أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا يقع واحدة رجعية إن لم ينو شيئا

كما مر ، وبهذا ظهر عدم صحة مافى البحر والأشباه من أن قولهم إن الصريح لايحتاج إلى النية إنما هو فى القضاء : أما فى الديانة فمحتاج إليها أخذا من قولهم : لو نوى الطلاق عن وثاق أو سبق لسانه إلى لفظ الطلاق يقع قضاء فقط أى لاديانة ، لأنه لم ينوه . وفيه نظر ، لأن عدم وقوعه ديانة فى الأول لأنه صرف اللفظ إلى ما يحتمله ، وفى الثانى لعدم قصد اللفظ ، واللازم من هذا أنه يشترط فى وقوعه ديانة قصد اللفظ وعدم التأويل الصحيح :

أما اشتراط نية الطلاق فلا بدليل أنه لونوى الطلاق عن العمل لايصدق ويقع ديانة أيضا كما يأتى مع أنه لم ينو معنى الطلاق وكذا لو طلق هازلا (قوله عن وثاق) بفتح الواو وكسرها القيد وجمعه وثق كرباط وربط مصباح وعلم أنه لو نوى الطلاق عن قيد دين أيضا (قوله دين) أى تصح نيته فيما بينه وبين ربه تعالى ، لأنه نوى مايحتمله لفظه فيفتيه المفتى بعدم الوقوع : أما القاضى فلا يصدقه ويقضى عليه بالوقوع لأنه خلاف الظاهر بلا قرينة (قوله إن لم يقرنه بعدد) هذا الشرط ذكره فى البحر وغيره فيما لو صرح بالوثاق أو القيد ، بأن قال أنت طالق ثلاثا من هذا القيد فيقع قضاء وديانة كما فى البزازية ، وعلله فى المحيط بأنه لايتصور رفع القيد ثلاث مرات فانصرف إلى قيد النكاح كى لايلغو اهـ . قال فى النهر : وهذا التعليل يفيد اتحاد الحكم فيما لو قال مرتين اهـ ولذا أطلق الشارح العدد . ولا يخفى أنه إذا انصرف إلى قيد النكاح بسبب العدد مع التصريح بالقيد فمع عدمه بالأولى (قوله صدق قضاء أيضا) أى كما يصدق ديانة لوجود القرينة الدالة على عدم إرادة الإيقاع ، وهى الإكراه ط (قوله كما لو صرح الخ) أى فإنه يصدق قضاء وديانة إلا إذا قرنه بالعدد فلا يصدق أصلا كما مر (قوله وكذا لو نوى الخ) قال فى البحر : ومنه أى من الصريح : ياطالق أويا مطلقة بالتشديد ؛ ولو قال أردت الشتم لم يصدق قضاء ودين خلاصة ، ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء فى رواية أبى سليمان ، وهو حسن كما فى الفتح ، وهو الصحيح كما فى الخانية . ولو لم يكن لها زوج لايصدق ، وكذا لو كان لها زوج قدمات اهـ :

قلت : وقد ذكروا هذا التفصيل فى صورة النداء كما سمعت ، ولم أر من ذكره فى الإخبار كأنت طالق فتأمل (قوله لم يصدق أصلا) أى لاقضاء ولاديانة . قال فى الفتح : لأن الطلاق لرفع القيد وهى ليست مقيدة بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ . وعنه أنه يدين لأنه يستعمل للتخلص (قوله دين فقط) أى ولا يصدق قضاء لأنه يظن أنه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف مالو وصل لفظ الوثاق لأنه يستعمل فيه قليلا فتح .

والحاصل كما فى البحر أن كلا من الوثاق والقيد والعمل إما أن يذكر أو ينوى ؛ فإن ذكر فإما أن يقرن بالعدد أولا ، فإن قرن به وقع بلا نية وإلا ففى ذكر العمل وقع قضاء فقط ، وفى لفظى الوثاق والقيد لايقع أصلا ، وإن لم يذكر بل نوى لايدين فى لفظ العمل ودين فى الوثاق والقيد ، ويقع قضاء إلا أن يكون مكرها والمرأة كالقاضى إذا سمعته أو أخبرها عدل لايحل لها تمكينه . والفتوى على أنه ليس لها قتله ، ولا تقتل نفسها بل تفدى نفسها بمال أو تهرب ، كما أنه ليس له قتلها إذا حرمت عليه وكلما هرب ردته بالسحر . وفى البزازية عن الأوزجندى أنها ترفع الأمر للقاضى ، فإن حلف ولا بينة لها فالإثم عليه اهـ . قلت : أى إذا لم تقدر على الفداء أو الهرب ولا على منعه عنها فلا ينافى ماقبله (قوله وفى أنت الطلاق أو طلاق الخ) بيان لما إذا أخبر عنها بمصدر معرف أو منكر أو اسم فاعل

أو نوى) يعنى بالصدر ، لأنه لو نوى بطالق واحدة وبالطلاق أخرى وقعتا رجعيتين لو مدخولا بها كقوله: أنت طالق أنت طالق زيلعى (واحدة أو ثنتين) لأنه صريح مصدر لايحتمل العدد (فإن نوى ثلاثا فثلاث) لأنه فرد حكمى (ولذا) كان (الثنتان فى الأمة) وكذا فى حرة تقدمها واحدة جوهرة، لكن جزم فى البحر أنه سهو (بمنزلة الثلاث فى الحرة) :

ومن الألفاظ المستعملة: الطلاق يلزمنى ، والحرام يلزمنى ،وعلىّ الطلاق،وعلىّ الحرام فيقع بلا نية للعرف ،

بعده مصدر كذلك (قوله يعنى بالمصدر الخ) الأولى ذكره بعد قول المصنف أو ثنتين (قوله وقعتا رجعيتين)هذا مامشى عليه فى الهداية ويروى عن الثانى ، وبه قال أبو جعفر . ومقتضى الإطلاق عدم الصحة ، وبه قال فخر الإسلام ، وأيده فى الفتح . وذكر فى النهر أنه المرجح فى المذهب (قوله لو مدخولا بها) وإلا بانت بالأول فيلغو الثانى (قوله أو ثنتين) أى فى الحرة (قوله لأنه صريح مصدر) علة لقوله أو ثنتين ، يعنى أن المصدر من ألفاظ الوحدان لايراعى فيها العدد المحض بل التوحيد وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنهما نهر (قوله لأنه فرد حكمى) لأن الثلاث كل الطلاق فهى الفرد الكامل منه ، فإرادتها لاتكون إرادة العدد ط (قوله ولذا كان) أى للفردية الحكمية (قوله لكن جزم فى البحر أنه سهو) حيث قال : وأما مافى الجوهرة من أنه إذا تقدم على الحرة واحدة فإنه يقع ثنتان إذا نواهما يعنى مع الأولى فسهو ظاهر اه . ونظر فيه صاحب النهر ، بأنه إذا نوى الثنتين مع الأولى فقد نوى الثلاث ، وإذا لم يبق فى ملكه الاثنتان وقعتا اه ح أقول إن كان المراد أنه نوى الثنتين مضمومتين إلى الأولى لم يخرج بذلك عن نية الثنتين وذلك عدد محض لاتصح نيته ، وإن كان المراد أنه نوى الثلاث التى من جملتها الأولى فهو صحيح ، لأن الثلاث فرد اعتبارى .

قال فى الذخيرة : ولو طلق الحرة واحدة ثم قال لها أنت علىّ حرام ينوى ثنتين لاتصح نيته ، ولو نوى الثلاث تصح نيته وتقع تطليقتان أخريان اه فافهم .

[فرع] فى البزازية قال لامرأتيه : أنتما علىّ حرام ونوى الثلاث فى إحداهما والواحدة فى الأخرى صحت نيته عند الإمام وعليه الفتوى (قوله فيقع بلا نية للعرف) أى فيكون صريحا لاكناية ، بدليل عدم اشتراط النية وإن كان الواقع فى لفظ الحرام البائن لأن الصريح قد يقع به البائن كما مر ، لكن فى وقوع البائن به بحث سنذكره فى باب الكنايات ، وإنما كان ماذكره صريحا لأنه صار فاشيا فى العرف فى استعماله فى الطلاق لايعرفون من صيغ الطلاق غيره ولا يحلف به إلا الرجال ، وقد مر أن الصريح ماغلب فى العرف استعماله فى الطلاق بحيث لايستعمل عرفا إلا فيه من أى لغة كانت ، وهذا فى عرف زماننا كذلك فوجب اعتباره صريحا كما أفتى المتأخرون فى أنت علىّ حرام بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية مع أن المنصوص عليه عند المتقدمين توقفه على النية ، ولا ينافى ذلك مايأتى من أنه لو قال طلاقك علىّ لم يقع ، لأن ذاك عند عدم غلبة العرف . وعلى هذا يحمل ما أفتى به العلامة أبو السعود أفندى مفتى الروم، من أن علىّ الطلاق أو يلزمنى الطلاق ليس بصريح ولا كناية :أى لأنه لم يتعارف فى زمنه ، ولذا قال المصنف فى منحه : إنه فى ديارنا صار العرف فاشيا فى استعماله فى الطلاق لايعرفون من صيغ الطلاق غيره فيجب الإفتاء به من غير نية ، كما هو الحكم فى الحرام يلزمنى وعلىّ الحرام ، وممن صرح بوقوع الطلاق به للتعارف الشيخ قاسم فى تصحيحه، وإفتاء أبى السعود مبنى على عدم استعماله فى ديارهم فى الطلاق أصلا كما لايخفى اه . وما ذكره الشيخ قاسم ذكره قبله شيخه المحقق ابن الهمام فى فتح القدير ، وتبعه فى البحر والنهر ، ولسيدى عبد الغنى النابلسى رسالة فى ذلك سماها [رفع الانغلاق فى علىّ الطلاق] ونقل فيها الوقوع عن بقية المذاهب الثلاثة .

أقول : وقد رأيت المسألة منقولة عندنا عن المتقدمين . ففي الذخيرة وعن ابن سلام فيمن قال : إن فعلت كذا فثلاث تطليقات علىّ أو قال على واجبات يعتبر عادة أهل البلد هل غلب ذلك فى أيمانهم اهـ وكذا ذكرها السروجى فى الغاية كما يأتى وما أفتى به فى الخيرية من عدم الوقوع تبعا لأبى السعود أفندى فقد رجع عنه وأفتى عقبه بخلافه ؛ وقال : أقول الحق . الوقوع به فى هـذا الزمان لاشتهاره فى معنى التطليق ، فيجب الرجوع إليه والتعويل عليه عملا بالاحتياط فى أمر الفروج اهـ .

[تنبيه] عبارة المحقق ابن الهمام فى الفتح هكذا : وقد تعورف فى عرفنا فى الحلف : الطلاق يلزمنى لأأفعل كذا يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب أن يجرى عليهم، لأنه صار بمنزلة قوله إن فعلت فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله علىّ الطلاق لأأفعل اهـ وهذا صريح فى أنه تعليق فى المعنى على فعل المحلوف عليه بغلبة العرف وإن لم يكن فيه أداة تعليق صريحا .

ورأيت التصريح بأن ذلك معتبر فى الفصل التاسع عشر من التاترخانية حيث قال : وفى الحاوى عن أبى الحسن الكرخى فيمن اتهم أنه لم يصلّ الغداة فقال عبده حر أنه قد صلاها وقد تعارفوه شرطا فى لسانهم ؛ قال : أجرى أمرهم على الشرط على تعارفهم ، كقوله : عبدى حر إن لم أكن صليت الغداة وصلاها لم يعتق كذا هنا اهـ .

وفى البزازية : وإن قال أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك فهذا رجل حلف بطلاق امرأته ليطلقنها إن دخلت الدار ، بمنزلة قوله عبده حر إن دخلت الدار لأضربنك، فهذا رجل حلف بعتق عبده ليضربنها إن دخلت الدار، فإن دخلت الدار لزمه أن يطلقها ، فإن مات أو ماتت فقد فات الشرط فى آخر الحياة اهـ أى فيقع الطلاق كما فى منية المفتى .

قلت : فيصير بمنزلة قوله إن دخلت الدار ولم أطلقك فأنت طالق، وإن دخلت الدار ولم أضربك فعبدى حر . وذكر الحنابلة فى كتبهم أنه جار مجرى القسم بمنزلة قوله والله فعلت كذا .

مطلب فى قولهم علىّ الطلاق علىّ الحرام

قال فى النهر : ولو قال علىّ الطلاق أو الطلاق يلزمنى أو الحرام ولم يقل لأأفعل كذا لم أجده فى كلامهم اهـ .

وفى حواشى مسكين : وقد ظفر فيه شيخنا مصرحا به فى كلام الغاية للسروجى معزيا إلى المغنى . ونصه : الطلاق يلزمنى أو لازم لى صريح لأنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وكذا قوله علىّ الطلاق اهـ . ونقل السيد الحموى عن الغاية معزيا إلى الجواهر : الطلاق لى لازم يقع بغير نية اهـ .

قلت : لكن يحتمل أن يكون مراد الغاية ما إذا ذكر المحلوف عليه لما علمت من أنه يراد به فى العرف التعليق وأن قوله علىّ الطلاق لأأفعل كذا بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنت طالق ، فإذا لم يذكر لا أفعل كذا بقى قوله علىّ الطلاق بدون تعليق ، والمتعارف استعماله فى موضع التعليق دون الإنشاء ، فإذا لم يتعارف استعماله فى الإنشاء منجزا لم يكن صريحا فينبغى أن يكون على الخلاف الآتى فيما لو قال طلاقك علىّ ثم رأيت سيدى عبد الغنى ذكر نحوه فى رسالته .

[تتمة] ينبغى أنه لو نوى الثلاث تصح نيته لأن الطلاق مذكور بلفظ المصدر ، وقد علمت صحتها فيه ، وكذا

فلو لم يكن له امرأة يكون يمينا فيكفر بالحنث تصحيح القدورى ؛ وكذا علىّ الطلاق من ذراعى بحر .

ولو قال طلاقك علىّ لم يقع ، ولو زاد واجب أو لازم أو ثابت أو فرض هل يقع ؟ قال البزازى : المختار لا . وقال القاضى الخاصى : المختار نعم ولو قال : طلقك الله هل يفتقر لنية ؟

فى قوله علىّ الحرام فقد صرحوا بأنه تصح نية الثلاث فى أنت علىّ حرام (قوله يكون يمينا الخ) يعنى فى صورة الحلف بالحرام فإنه المذكور فى الذخيرة وغيرها .

ثم رأيت فى البزازية قال فى المواضع التى يقع الطلاق بلفظ الحرام إن لم تكن له امرأة إن حنث لزمته الكفارة والنسفى على أنه لايلزم اه .

مطلب فى قوله علىّ الطلاق من ذراعى

(قوله وكذا علىّ الطلاق من ذراعى) هذا بحث لصاحب البحر أخذه مما مر ، من أنه لو قال : أنت طالق من هذا العمل ولم يقرنه بالعدد وقع قضاء لاديانة ، قال : فإنه يدل على الوقوع قضاء هنا بالأولى . ورده العلامة المقدسى : بأنه فى المقيس عليه خاطب المرأة التى هى محل للطلاق ثم ذكر العمل الذى لم تكن مقيدة به حسا ولا شرعا فلم يصح صرف اللفظ عن المعنى الشرعى المتعارف إلى غيره بلا دليل ، بخلاف المقيس لأنه أضاف الطلاق إلى غير محله وهو ذراعه مع أنه إذا قال أنا منك طالق يلغو اه ملخصا ، وذكر نحوه الخير الرملى.

قلت : وقد يقال ليس فيه إضافة الطلاق إلى غير محله ، لما مر من أن قوله علىّ الطلاق لاأفعل كذا بمنزلة إن فعلت فأنت طالق فهو فى العرف مضاف إلى المرأة معنى ، ولولا اعتبار الإضافة المذكورة لم يقع ، فكذلك صار هذا بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنت طالق من ذراعى فساوى المقيس عليه فى الإضافة إلى المرأة . وأيضا فإن قوله أنا منك طالق فيه وصف الرجل بالطلاق صريحا فلا يقع لأن الطلاق صفة للمرأة . وأما قوله علىّ الطلاق فإن معناه وقوع طلاق المرأة على الزوج فليس فيه إضافة الطلاق إلى غير محله بل إلى محله مع إضافة الوقوع إلى محله أيضا ، فإنه شاع فى كلامهم قولهم إذا قال كذا وقع عليه الطلاق ، نعم قال الخير الرملى: إن الحالف بقوله علىّ الطلاق من ذراعى لايريد به الزوجة قطعا إذ عادة العوام الإعراض به عنها خشية الوقوع ، فيقولون تارة من ذراعى وتارة من كشتوانى وتارة من مروتى ، وبعضهم يزيد بعد ذكره لأن النساء لاخير فى ذكرهن اه .

قلت : إن كان العرف كذلك فينبغى أن لايتردد فى عدم الوقوع لأنه أوقع الطلاق على ذراعه ونحوه لاعلى المرأة . ثم قال الخير الرملى : اللهم إلا أن يقول علىّ الطلاق ثلاثا من ذراعى فالقول بوقوعه وجه ، لأن ذكر الثلاث يعينه فتأمل اه (قوله ولو قال وطلاقك علىّ لم يقع) قال فى الخانية : ولو قال طلاقك على ذكر فى الأصل على وجه الاستشهاد فقال : ألا ترى أنه لو قال لله على طلاق امرأتى لايلزمه شىء اه .

قلت : ومقتضاه أن علة عدم الوقوع فى طلاقك على أنه صيغة نذر كقوله على حجة فكأنه نذر أن يطلقها النذر لايكون إلا فى عبادة مقصودة ، والطلاق أبغض الحلال إلى الله تعالى فليس عبادة فلذا لم يلزمه شىء (قوله ولو زاد الخ) ظاهره أن قوله طلاقك على بدون زيادة ليس فيه الخلاف المذكور ، وهو المفهوم من الخانية والخلاصة أيضا ، لكن نقل سيدى عبد الغنى عن أدب القاضى للسرخسى : رجل قال لامرأته : طلاقك علىّ فرض ولازم أوقال طلاقك على فالصحيح أنه يقع فى الكل بخلاف العتق ، لأنه مما يجب فجعل إخبارا ، ونقل مثله عن مختصر المحيط (قوله وقال الخاصى المختار نعم) عبارة فتاوى الخاصى قال لها : طلاقك علىّ واجب ،

قال الكمال : الحق نعم ، ولو قال لها : كونى طالقا أو اطلقى أو يامطلقة بالتشديد وقع ، وكذا ياطال بكسر اللام وضمها لأنه ترخيم أو أنت طال بالكسر وإلا توقف على النية ،

أو قال وطلاقك لازم لى يقع بلا نية عند أبى حنيفة ، وهو المختار ، وبه قال محمد بن مقاتل ، وعليه الفتوى اه وأنت خبير بأن لفظ الفتوى آكد ألفاظ التصحيح . ونقل فى الخانية عن الفقيه أبى جعفر أنه يقع فى قوله واجب لتعارف الناس لافى قوله ثابت أو فرض أولازم لعدم التعارف ، ومقتضاه الوقوع فى قوله علىّ الطلاق لأنه المتعارف فى زماننا كما علمت . وعلل الخاصى الوقوع بقوله : لأن الطلاق لايكون واجبا أو ثابتا بل حكمه ، وحكمه لايجب ولا يثبت إلا بعد الوقوع . قال فى الفتح : وهـذا يفيد أن ثبوته اقتضاء ، ويتوقف على نيته إلاأن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء فى صرفه عنه ، وفيما بينه وبين الله تعالى إن قصده وقع وإلا لا ، فإنه قد يقال : هذا الأمر علىّ واجب ، بمعنى ينبغى أن أفعله لا أنى فعلته فكأنه قال ينبغى أن أطلقك اه (قوله قال الكمال الحق نعم) نقله عنه فى البحر والنهر ، وأقراه عليه بعد حكايتهما الخلاف : ووجهه أنه يحتمل الدعاء فتوقف على النية .

وفى التتارخانية عن العتابية : المختار عدم توقفه عليها ، وبه كان يفتى ظهير الدين . قال المقدسى : ويقع فى عصرنا نظير هذا ، يطلب الرجل من المرأة فتقول أبرأك الله وكانت حادثة الفتوى وكتبت بصحتها لتعارفهم بذلك اه ۵ قلت : ومثله فى فتاوى قارئ الهداية والمنظومة المحبية ، وسيأتى تمامه فى الخلع (قوله كونى طالقا أو اطلقى) قال فى الفتح عن محمد : إنه يقع لأن كونى ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن إثبات كونها طالقا كقوله تعالى -- كن فيكون -- ليس أمرا بل كناية عن التكوين ، وكونها طالقا يقتضى إيقاعا قبل فيتضمن إيقاعا سابقا ، وكذا قوله اطلقى ومثله للأمة كونى حرة (قوله أو يامطلقة) قدمنا أنه لو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة وكذا قضاء فى الصحيح . وفى التاترخانية عن المحيط قال : أنت طالق ثم قال يامطلقة لاتقع أخرى (قوله بالتشديد) أى تشديد اللام ؛ أما بتخفيفها فهو ملحق بالكناية كما قدمناه عن البحر (قوله وقع) أى من غير نية لأنه صريح (قوله بكسر اللام وضمها) ذكر الضم بحث لصاحب النهر حيث قال : وينبغى أن يكون الضم كذلك ، إذ هو لغة من لاينتظر ، بخلاف الفتح فإنه يتوقف على النية اه .

واعترض بأنه ينبغى توقف الضم أيضا على النية ، لأنه إذا لم ينتظر الآخر لم تكن مادة ط ل ق موجودة ولا ملاحظة فلم يكن صريحا ، بخلاف الكسر على لغة من ينتظر اه .

قلت : قد يجاب بأن الضم فى نداء الترخيم لما كان لغة ثابتة لم يخرج به اللفظ عن إرادة معناه المراد به قبل النداء فإن كل من سمع اللفظ المرخم يعلم أن المراد به نداء تلك المادة وأن انتظار المحذوف وعدمه أمر اعتبارى لمروه ليبنوا عليه الضم والكسر والإلازم أن يكون المنادى اسما آخر غير المقصود نداؤه هذا ماظهرلى فتأمل (قوله أوأنت طال بالكسر) أى فإنه يقع بلانية ، بخلاف أنت طاق بحذف اللام فلايقع وإن نوى لأن حذف آخرالكلام معتاد عرفا تتارخانية (قوله وإلا توتف على النية) أى وإن لم يكسر اللام فى غير المنادى توقف الوقوع على نية الطلاق: أى أومافى حكمها كالمذاكرة والغضب كما فى الخانية .

وفى كنايات الفتح أن الوجه إطلاق التوقف على النية مطلقا لأنه بلا قاف ليس صريحا بالاتفاق لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز فى غير النداء، فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين إلا عند الغضب أو مذاكرة الطلاق فيقع قضاء أسكنها أولا ، وتمامه فيه .

كما لو تهجى به أو بالعتق :

وفى النهر عن التصحيح : الصحيح عدم الوقوع برهنتك طلاقك ونحوه :

(وإذا أضاف الطلاق إليها) كأنت طالق (أو) إلى (مايعبر به عنها كالرقبة والعنق والروح والبدن والجسد) الأطراف داخلة فى الجسد دون البدن (والفرج والوجه والرأس) وكذا الاست ، بخلاف البضع والدبر

قلت : وما قدمناه آنفا عن التاترخانية من أن حذف آخر الكلام معتاد عرفا يفيد الجواب ، فإن لفظ طالق صريح قطعا ، فإذا كان حذف الآخر معتادا عرفا لم يخرجه عن صراحته ،وقد عد حذف آخر الكلمة من محسنات الكلام وعده أهل البديع من قسم الاكتفاء ، ونظم فيه المولدون كثيرا ، ومنه * أين النجاة لعاشق أين النجا * وأيضا فإن إبدال الآخر بحرف غيره كالألفاظ المصحفة المتقدمة لم يخرجه عن صراحته مع عدم غلبة الاستعمال فيها ، وما ذاك إلا لكونها أريد بها اللفظ الصريح وأن التصحيف عارض لجريانه على اللسان خطأ أو قصدا لكونه لغة المتكلم ، هذا ماظهر لفهمى القاصر (قوله كما لو تهجى به) أى فإنه يتوقف على النية ، وقد مر بيانه فافهم (قوله وفى النهر عن التصحيح الخ) أى تصحيح القدورى للعلامة قاسم وقصد به الرد على مافهمه فى البحر ، من أن وهبتك طلاقك من الصريح ، وكذا أودعتك ورهنتك :

قال فى النهر : نقل فى تصحيح القدورى عن قاضيخان : وهبتك طلاقك الصحيح فيه عدم الوقوع اه ففى أودعتك ورهنتك بالأولى وسيأتى أن رهنتك كناية . وفى المحيط : لو قال رهنتك طلاقك قالوا لايقع لأن الرهن لايفيد زوال الملك اه .

قلت : ومقتضى كونه كناية أنه يقع بشرط النية وقد عده فى البحر فى باب الكنايات منها ، وكذا عد منها : وهبتك طلاقك ، وأودعتك طلاقك ، وأقرضتك طلاقك وسيأتى تمامه هناك (قوله كأنت طالق) وكذا لو أتى بالضمير الغائب أو اسم الإشارة العائد إليها أو باسمها العلمى ونحو ذلك ، وأشار إلى أن المراد به مايعبر به عن جملتها وضعا ، والمراد بقوله أو إلى مايعبر به عنها مايعبر به عن الجملة بطريق التجوز كرقبتك ، وإلا فالكل يعبر به عن الجملة كما فى الفتح ، وهو أظهر مما فى الزيلعى من أن الروح والبدن والجسد مثل أنت كما فى البحر ، لأن الروح بعض الجسد وكذا الجسد باعتبار الروح والبدن لاتدخل فيه الأطراف ، أفاده فى النهر (قوله كالرقبة الخ) فإنه عبر بها عن الكل فى قوله تعالى - فتحرير رقبة - والعنق فى - فظلت أعناقهم لها خاضعين - لوصفها بجمع المذكر الموضوع للعاقل والعقل للذوات لا للأعضاء ، والروح فى قولهم : هلكت روحه أى نفسه ، ومثلها النفس كما فى - وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - (قوله الأطراف الخ) أى اليدان والرجلان والرأس ، وهذه التفرقة بين الجسد والبدن عزاها فى النهر إلى ابن كمال فى إيضاح الإصلاح ، وعزاها الرحمتى إلى الفائق للزمخشرى والمصباح . ورأيت فى فصل العدة من الذخيرة قال محمد : والبدن هو من أليتيه إلى منكبيه (قوله والفرج) عبر به عن الكل فى حديث « لعن الله الفروج على السروج » قال فى الفتح إنه حديث غريب جدا (قوله والوجه والرأس) فى قوله تعالى - كل شىء هالك إلا وجهه - ويبقى وجه ربك - أى ذاته الكريمة ، وأعتق رأسا ورأسين من الرقيق ، وأنا بخير مادام رأسك سالما ، يقال مرادا به الذات أيضا فتح . قال فى البحر : وفى الفتح من كتاب الكفالة : ولم يذكر محمد ما إذا كفل بعينه . قال البلخى : لايصح كما فى الطلاق إلا أن ينوى به البدن والذى يجب أن يصح فى الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل ، يقال عين القوم ، وهو عين فى الناس ، ولعله لم يكن معروفا فى زمانهم أما فى زماننا فلا شك فى ذلك اه (قوله وكذا الاست الخ) قال فى البحر : فالاست وإن كان مرادفا للدبر لايلزم

والدم على المختار خلاصة (أو) أضافه (إلى جزء شائع منها) كنصفها وثلثها إلى عشرها (وقع) لعدم تجزيه .
ولو قال نصفك الأعلى طالق واحدة ونصفك الأسفل ثنتين وقعت ببخارى ، فأفتى بعضهم بطلقة ، وبعضهم بثلاث عملا بالإضافتين خلاصة .

مساواتهما فى الحكم ، لأن الاعتبار هنا لكون اللفظ يعبر به عن الكل ، ألا ترى أن البضع مرادف للفرج وليس حكمه هنا كحكمه فى التعبير اه .

والحاصل أن الاست والفرج يعبر بهما عن الكل فيقع إذا أضيف إليهما ، بخلاف مرادف الأول وهو الدبر ومرادف الثانى وهو البضع فلا يقع لعدم التعبير بهما عن الكل ، ولا يلزم من الترادف المساواة فى الحكم لكن أورد فى الفتح أنه إن كان المعتبر اشتهار التعبير يجب أن لايقع بالإضافة إلى الفرج : أى لعدم اشتهار التعبير به عن الكل ، وإن كان المعتبر وقوع الاستعمال من بعض أهل اللسان يجب أن يقع فى اليد بلا خلاف لثبوت استعمالها فى الكل فى قوله تعالى — ذلك بما قدمت يداك — أى قدمت ، وقوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترد » اه .

قلت : قد يجاب بأن المعتبر الأول ، لكن لايلزم اشتهار التعبير به عن الكل عند جميع الناس بل فى عرف المتكلم فى بلده مثلا ، فيقع بالإضافة إلى اليد إذا اشتهر عنده التعبير بها عن الكل ، ولا يقع بالإضافة إلى الفرج إذا لم يشتهر . ثم رأيت فى كلام الفتح مايفيد ذلك حيث قال : ووقوعه بالإضافة إلى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لاباعتبار نفسه مقتصرا ، ولذا لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلوانى : لايبعد أن يقال لايقع لكن ينبغى أن يكون ذلك ديانة . وأما فى القضاء إذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لايصدق ، ولو قال عنيت باليد صاحبتها كما أريد ذلك فى الآية والحديث وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع لأن الطلاق مبنى على العرف ، ولذا لو طلق النبطى بالفارسية يقع ولو تكلم به العربى ولا يدريه لايقع اه فقد قيد الوقوع قضاء فى الإضافة إلى الرأس أو اليد بما إذا كان التعبير به عن الكل متعارفا ، وصرح أيضا بقوله وتعارف قوم التعبير بها أى باليد ، فأفاد أنه عند عدم تعارف ذلك عندهم لايقع مع أن التعبير بالرأس واليد عن الكل ثابت لغة وشرعا والله تعالى اعلم (قوله والدم) كان المناسب إسقاطه حيث ذكر فى محله فيما سيأتى ، وأما ذكر البضع والدبر هنا فلذكر مرادفهما ح (قوله كنصفها وثلثها إلى عشرها) وكذا لو أضافه إلى جزء من ألف جزء منها كما فى الخانية لأن الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره هداية قال ط إلا أنه يتجزأ فى غير الطلاق . وقال شيخى زاده : إنه يقع فى ذلك الجزء ثم يسرى إلى الكل لشيوعه فيقع فى الكل (قوله لعدم تجزيه) علة لقوله أو إلى جزء شائع منها ط . وفيه أنه يلزم منه وقوع الطلاق بالإضافة إلى الأصبع مثلا ، فالمناسب التعليل بما ذكرناه آنفا عن الهداية (قوله ولو قال الخ) أشار به إلى أن تقييد الجزء بالشائع ليس للاحتراز عن المعين لما ذكر من الفرع أفاده فى البحر (قوله وقعت ببخارى) أى ولم يوجد فيها نص عن المتقدمين ولا عن المتأخرين تاترخانية (قوله عملا بالإضافتين) أى لأن الرأس فى النصف الأعلى والفرج فى الأسفل فيصير مضيفا الطلاق إلى رأسها وإلى فرجها ط عن المحيط قال فى البحر : وقد علم به أنه لو اقتصر على أحدهما وقعت واحدة اتفاقا اه وهو ممنوع فى الثانى كما هو ظاهر نهر : أى لأن من أوقع واحدة بالإضافتين لم يعتبر كون الفرج فى الثانية ، فإذا اقتصر على الإضافة الثانية فقط كيف يقع بها اتفاقا ، نعم لو اقتصر على الإضافة الأولى يقع اتفاقا .

ثم اعلم أن كلا من القولين مشكل ، لأن النصف الأعلى أو الأسفل ليس جزءا شائعا وهو ظاهر ولا مما يعبر به عن

(وإذا قال الرقبة منك أو الوجه أو وضع يده على الرأس والعنق) أو الوجه (وقال هذا العضو طالق لم يقع فى الأصح) لأنه لم يجعله عبارة عن الكل بل عن البعض ؛ حتى لو لم يضع يده بل قال هذا الرأس طالق وأشار إلى رأسها وقع فى الأصح ، ولو نوى تخصيص العضو ينبغى أن يدين فتح (كما) لايقع (لو أضافه إلى اليد) إلا بنية المجاز (والرجل والدبر والشعر والأنف والساق والفخذ والظهر والبطن واللسان والأذن والفم والصدر والذقن والسن والريق والعرق) وكذا الثدى والدم جوهرة لأنه لايعبر به عن الجملة ، فلو عبر به قوم عنها وقع ؛

الكل ، ووجود الرأس فى الأول والفرج فى الثانى لايصيره معبرا به من الكل ، لأن مامر من أنه يقع بالإضافة إلى جزء يعبر به عن الكل على تقدير مضاف أى اسم جزء كما أفاده فى الفتح وقال فإن نفس الجزء لايتصور التعبير به عن الكل اهـ . وحينئذ فالموجود فى النصف الأعلى نفس الرأس ، وفى الأسفل نفس الفرج لااسمهما الذى يعبر به عن الكل ، ولهذا لو وضع يده على رأسها وقال هذا الرأس طالق لاتطلق ، لأن وضع اليد قرينة على إرادة نفس الرأس ، بخلاف ما إذا لم يضعها عليه كما يأتى لأنه يكون بمعنى هذه الذات فليتأمل (قوله أو الوجه) أى منك ط (قوله بل عن البعض) بقرينة ذكر منك فى الأول ووضع اليد فى الأخير (قوله بل قال هذ الرأس) ومثله فيما يظهر هذا الوجه أو هذه الرقبة . والظاهر أنه هنا لابد من التعبير باسم الرأس ونحوه ، وأنه لو عبر عنه بقوله هذا العضو لم يقع لأن المعبر به عن الكل هو اسم الرأس ونحوه لااسم العضو ، نظير ماقدمناه آنفا تأمل (قوله وقع فى الأصح) ولهذا لو قال لغيره : بعت منك هذا الرأس بألف درهم وأشار إلى رأس عبده فقال المشترى قبلت جاز البيع بحر عن الخانية (قوله فتح) قدمنا عبارته قبل صفحة (قوله كما لايقع لو أضافه إلى اليد) لأنه لم يشتهر بين الناس التعبير بها عن الكل ، حتى لو اشتهر بين قوم وقع كما قدمناه عن الفتح (قوله إلا بنية المجاز) أى بإطلاق البعض على الكل إذا لم يكن مشتهرا فلو اشتهر بذلك فلا حاجة إلى نية المجاز . وذكر فى الفتح ماحاصله أنه عند الشافعى يقع بإضافته إلى اليد والرجل ونحوهما حقيقة .

وبيان ذلك أن الطلاق محله المرأة لأنها محل النكاح ومحلية أجزائها للنكاح بطريق التبعية فلا يقع الطلاق إلا بالإضافة إلى ذاتها أو إلى جزء شائع منها هو محل للتصرفات أو إلى معين عبر به عن الكل ، حتى لو أريد نفسه لم يقع فالخلاف فى أن مايملك تبعا هل يكون محلا لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل ، فعنده نعم ، وعندنا لا وأما على كونه مجازا عن الكل فلا إشكال أنه يقع يدا كان أو رجلا بعد كونه مستقيما لغة اهـ أى بخلاف نحو الريق والظفر فإنه لايستقيم إرادة الكل به .

والحاصل كما فى البحر أن هذه الألفاظ ثلاثة : صريح يقع قضاء بلا نية كالرقبة وكناية لايقع إلا بالنية كاليد ، وماليس صريحا ولا كناية لايقع به وإن نوى كالريق والسن والشعر والظفر والكبد والعرق والقلب (قوله والذقن) قلت : إطلاق الذقن مرادا بها الكل عرف مشتهر الآن ، فإنه يقال : لا أزال بخير مادامت هذه الذقن سالمة فينبغى أن تكون كالرأس (قوله وكذا الثدى والدم جوهرة) أقول : الذى فى الجوهرة : إذا قال دمك فيه روايتان ، الصحيحة منهما يقع لأن الدم يعبر به عن الجملة ، يقال ذهب دمه هدرا اهـ وهكذا نقل عن الجوهرة فى البحر والنهر . ونقل فى النهر عن الخلاصة تصحيح عدم الوقوع كما هو ظاهر المتون (قوله لأنه لايعبر به) أى بالمذكور من هذه الألفاظ اهـ ط (قوله فلو عبر به قوم) أى بما ذكر ولا خصوص له ، بل لو عبروا بأى عضو كان فهو كذلك ، ذكره أبو السعود عن الدرر . ونقل الحموى عن المحاكمات لجلال زاده مانصه : يجب أن يحتاط فى أمر الطلاق إذا أضيف إلى اليد والرجل باللسان التركى فإنهما فيه يعبر بهما عن الجملة والذات اهـ ط

وكذا كل ماكان من أسباب الحرمة لاالحل اتفاقا (وجزء الطلقة) ولو من ألف جزء (تطليقة) لعدم التجزىء ؛ فلوزادت الأجزاء ، وقع أخرى وهكذا مالم يقل نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فيقع الثلاث ، ولو بلا واو فواحدة .

ولو قال طلقة ونصفها فثنتان على المختار جوهرة ، وكذا لو كان مكان السدس ربعا فثنتان على المختار ، وقيل

(قوله وكذا الخ) أصل هذا فى الفتح حيث ذكر أن مالايعبر به عن الجملة كاليد والرجل والإصبع والدبر لايقع الطلاق بإضافته إليه خلافا لزفر الشافعي ومالك وأحمد . ولا خلاف أنه بالإضافة إلى الشعر والظفر والسن والريق والعرق لايقع . ثم قال : والعتاق والظهار والإيلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف ؛ فلو ظاهر أو آلى أو أعتق أصبعها لايصح عندنا ويصح عندهم ، وكذا العفو عن القصاص ، وما كان من أسباب الحل كالنكاح لايصح إضافته إلى الجزء المعين الذى لايعبر به عن الكل بلا خلاف اهـ .

قلت : ولم يعلم منه حكم الإضافة إلى جزء شائع أو مايعبر به عن الكل فى النكاح ، وتقدم هناك قوله ولا ينعقد بتزوجت نصفك فى الأصح احتياطا خانية ، بل لابد أن يضيفه إلى كلها أو مايعبر به عن الكل ومنه الظهر والبطن على الأشبه ذخيرة ورجحوا فى الطلاق خلافه فيحتاج للفرق اهـ وقدمنا الكلام على ذلك وأن من اختار صحة النكاح بالإضافة إلى الظهر والبطن اختار الوقوع فى الطلاق ، ومن اختار عدم الصحة فى النكاح اختار عدم الوقوع فلا حاجة إلى الفرق (قوله ولو من ألف جزء) بأن يقول : أنت طالق جزءا من ألف جزء من طلقة ط (قوله لعدم التجزىء) أى فى الطلاق ، فذكر جزئه كذكر كله صونا لكلام العاقل عن الإلغاء ، ولذا جعل الشارع العفو عن بعض القصاص عفوا عن كله نهر . وعلى هذا لو قال : أنت طالق طلقة وربعا أو نصفا طلقت طلقتين جوهرة (قوله فلو زادت الأجزاء) أى مع الإضافة إلى الضمير كأنت طالق نصف طلقة وثلثها وربعها فقد زادت الأجزاء على الواحدة بنصف السدس فتقع به طلقة أخرى ط (قوله وهكذا) يعنى لو زادت الأجزاء على الطلقتين وقع ثلاث ، نحو : أنت طالق ثلثى طلقة وثلاثة أرباعها وأربعة أخماسها ح . قال فى فتح القدير إلا أن الأصح فى اتحاد المرجع وإن زادت أجزاء واحدة أن تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى واحدة نص عليه فى المبسوط ، والأول هو المختار عند جماعة من المشايخ اهـ .

قال فى البحر : وعلى الأصح لو قال أنت طالق واحدة ونصفها تقع واحدة كما فى الذخيرة ، بخلاف واحدة ونصفا اهـ وما فى الذخيرة عزاه فى الهندية إلى المحيط والبدائع ، لكن الذى رأيته فى البدائع : ولو تجاوز العدد عن واحدة لم يذكر هـذا فى ظاهر الرواية . واختلف المشايخ فيه قال بعضهم : تقع تطليقتان ، وقال بعضهم واحدة اهـ (قوله فيقع الثلاث) لأن المنكر إذا أعيد منكرا كان الثانى غير الأول فيتكامل كل جزء بخلاف ماإذا قال نصف تطليقة وثلثها وسدسها حيث تقع واحدة ، لأن الثانى والثالث عين الأول ؛ وهذا فى المدخول بها أما غيرها فلا يقع إلا واحدة فى الصور كلها بحر (قوله ولو بلا واو فواحدة) أى بأن قال : نصف طلقة ، ثلث طلقة سدس طلقة لدلالة حذف العاطف على أن هذه الأجزاء من طلقة واحدة وأن الثانى بدل من الأول والثالث بدل من الثانى والبدل هو المبدل منه أو بعضه (قوله على المختار) أى عند جماعة من المشايخ وقد علمت عن المبسوط أن الأصح خلافه عند اتحاد المرجع وأنه جرى عليه فى الذخيرة والمحيط (قوله وكذا لو كان مكان السدس ربعا الخ) نص عبارة القهستانى نقلا عن المحيط : لو قال نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة فثنتان على المختار ، وقيل واحدة ، ولو كان مكان الربع سدسا فثلاث ، وقيل واحدة اهـ والظاهر أنه سبق قلم من القهستانى ، فإنه فى الثانية

واحدة قهستانى ، وسيجىء أن استثناء بعض التطليق لغو بخلاف إيقاعه (و) يقع بقوله (من واحدة إلى ثنتين أو مابين واحدة إلى ثنتين ، واحدة) بقوله من واحدة أو مابين واحدة (إلى ثلاث ثنتان) الأصل فيما أصله الحظر دخول الغاية الأولى فقط عند الإمام ، وفيما مرجعه الإباحة كخذ من مالى من مائة إلى ألف الغايتين اتفاقا (و) يقع (بثلاثة أنصاف طلقتين ثلاثة) وقيل ثنتان (وبثلاثة أنصاف طلقة

لم تزد الأجزاء على الواحدة وجعل الواقع فيها ثلاثا ، وفي الأولى زادت وجعل الواقع ثنتين مع أنه يجب أن يكون الواقع ثلاثا فى الصورتين لأن اعتبار الأجزاء إنما هو عند اتحاد المرجع ؛ أما عند الاتيان بالاسم النكرة فيعتبر كل جزء بطلقة كما تقدم . على أن عبارة المحيط كما نقله ط عن الهندية ، هكذا لو قال : أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث ، لأنه أضاف كل جزء إلى تطليقة منكرة والنكرة إذا كررت كانت الثانية غير الأولى ؛ ولو قال نصف تطليقة وثلثها وسدسها يقع واحدة ، فإن جاوز مجموع الأجزاء تطليقة بأن قال : نصف تطليقة وثلثها وربعها ، قيل تقع واحدة ، وقيل ثنتان وهو المختار ، كذا فى محيط السرخسى ، وهو الصحيح كذا فى الظهيرية اه . وقدمنا عن الفتح أنه فى المبسوط صحح وقوع الواحدة ، وعلى كل فموضوع الخلاف هو الإضافة إلى الضمير لا إلى الاسم المنكر ، لكن رأيت فى التاترخانية عن المحيط مانصه : وذكر الصدر الشهيد فى واقعاته : إذا قال لها أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة تقع ثنتان هو المختار ، فعلى قياس ماذكر الصدر الشهيد ينبغى فى قوله أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة تقع تطليقة واحدة اه وهذا أقل إشكالا ، وكأنه مبنى عل اعتبار الأجزاء فى الإضافة إلى الاسم النكرة أيضا كالاضافة إلى الضمير ، لكنه خلاف ماجرم به فى البدائع والفتح والنهر من الفرق بينهما (قوله وسيجىء) أى متنافى آخر التعليق حيث قال إخراج بعض التطليق لغو ، بخلاف إيقاعه ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة وقع الثلاث فى المختاراه قال فى الفتح : وقيل على قول أبى يوسف ثنتان ، لأن التطليق لايتجزأ فى الإيقاع فكذا فى الاستثناء فكأنه قال إلا واحدة (قوله بخلاف إيقاعه) أى إيقاع البعض وهو ماذكره هنا (قوله ويقع الخ) كان الأولى بالمصنف تأخير هذه المسألة عما بعدها كما فعل فى الهداية والكنز ليقع الكلام على الأجزاء متصلا (قوله فيما أصله الحظر) أى بأن لايباح إلا لدفع الحاجة كالطلاق (قوله عند الامام) وقالا بدخول الغايتين ، فيقع فى الأولى ثنتان ؛ وفى الثانية ثلاث . وقال زفر لايقع فى الأولى شىء ، ويقع فى الثانية واحدة وهو القياس ، لعدم دخول الغايتين فى المحدود كبعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط ، وقول الثلاثة استحسان بالعرف ، وهو أن هذا الكلام متى ذكر فى العرف وكان بين الغايتين عدد يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر كقولك سنى من ستين إلى سبعين أى أكثر من ستين وأقل من سبعين ؛ ففى نحو : طالق من واحدة إلى ثنتين انتفى ذلك العرف عند الامام فوجب إعمال طالق فوقع به واحدة ، ويدخل الكل فيما أصله الاباحة كخذ من مالى من دراهم إلى درهمين ، أما ما أصله الحظر فلا ، فإن حظره قرينة على عدم إرادة الكل إلا أن الغاية الأولى دخلت ضرورة إذ لابد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية ، إذ لاثانية بلا أولى بخلاف الغاية الثانية وهى ثلاث فإنه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة ؛ أما فى صورة من واحدة إلى ثنتين فلا حاجة إلى إدخالها لعدم الضرورة المذكورة ، وتمام تقريره فى الفتح (قوله الغايتين) أى دخول الغايتين ، فله أخذ الكل أى الألف فى المثال المذكور كما أفاده فى البحر فافهم (قوله ثلاثة الخ) لأن نصف التطليقتين واحدة ، فثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث تطليقات ضرورة نهر (قوله وقيل ثنتان) لأن التطليقتين إذا نصفتا كانت أربعة أنصاف ، فثلاثة منها طلقة ونصف فتكمل تطليقتين . وأجيب بأن هذا التوهم منشؤه اشتباه

أو نصفى طلقتين طلقتان، وقيل يقع ثلاث) والأول أصح (وبواحدة فى ثنتين واحدة إن لم ينو أو نوى الضرب) لأنه يكثر الأجزاء لا الأفراد (وإن نوى واحدة وثنتين فثلاث) لو مدخولا بها .

(وفى غير الموطوءة واحدة ك) قوله لها (واحدة وثنتين) لأنه لم يبق للثنتين محل (وإن نوى مع الثنتين فثلاث) مطلقا (و) يقع (بثنتين) فى ثنتين ولو (بنية الضرب ثنتان) لما مر ، ولو نوى معنى الواو أو مع فكما مر (و) بقوله (من هنا إلى الشام واحدة رجعية) مالم يصفها بطول أو كبر فبائنة (و) أنت طالق (بمكة أو فى مكة أو فى

قولنا نصفا تطليقتين ونصفنا كلا من تطليقتين ، والثانى هو الموجب للأربعة أنصاف ، واللفظ وإن كان يحتمله ولذا لو نواه دين لكنه خلاف الظاهر نهر . قال فى الفتح : لأن الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لانصفا تطليقتين (قوله أو نصفى طلقتين) وكذا نصف ثلاث تطليقات ، ولو قال نصف تطليقتين فواحدة ، أو نصفى ثلاث تطليقات فثلاث بحر (قوله طلقتان) لأنها طلقة ونصف فيتكامل النصف ؛ وفى نصفى طلقتين يتكامل كل نصف فيحصل طلقتان .

قلت : وينبغى أن يكون أربعة أثلاث طلقة وخمسة أرباع طلقة مثل ثلاث أنصاف طلقة تأمل (قوله وقيل يقع ثلاث) لأن كل نصف يتكامل فى نفسه فتصير ثلاثا (قوله والأول أصح) قال فى البحر ، وهو المنقول فى الجامع الصغير ، واختاره الناطفى ، وصححه العتابى اهـ . ثم ذكر للتنصيف اثنتى عشرة صورة وذكر أحكامها فراجعه (قوله لأنه يكثر الأجزاء الخ) أى أن الضرب يؤثر فى تكثير أجزاء المضروب لافى زيادة العدد، والطلقة التى جعل لها أجزاء كثيرة لاتزيد على طلقة، ولو زاد فى العدد لم يبق فى الدنيا فقير لأنه يضرب درهمه فى مائة فيصير مائة ثم المائة فى ألف فتصير مائة ألف . وقال زفر والحسن بن زياد والأئمة الثلاثة، يقع ثنتان، لأن عرف أهل الحساب فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر ، ورجحه فى الفتح بأن العرف لايمنع والفرض أنه تكلم بعرفهم وأراده فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها ، والإلزام بأنه لو كان كذلك لم يبق فى الدنيا فقير غير لازم ؛ لأن ضرب درهمه فى مائة، إن كان إخبارا كقوله عندى درهم فى مائة فهو كذب ، وإن كان إنشاء كجعلته فى مائة لايمكن لأنه لاينجعل بقوله ذلك ، واختاره أيضا فى غاية البيان .

وما أجاب به فى البحر من أن قوله فى ثنتين ظرف حقيقة وهو لايصلح له ، وإذا لم يكن صالحا لم يعتبر فيه العرف ولا النية ، كما لو نوى بقوله اسقنى الماء الطلاق فإنه لايقع ، رده المقدسى بأن اللفظ صريح : أى حقيقة عرفية لأهل الحساب صريح فى معناه العرفى ، وكذا رده فى النهر والمنح . قال الرحمتى : فتزاد هذه المسألة على المسائل المفتى بها بقول زفر اهـ أى لأن المحقق ابن الهمام من أهل الترجيح كما اعترف به صاحب البحر فى كتاب القضاء (قوله فثلاث) لأنه يحتمله كلامه ، فإن الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ، فصح أن يراد به معنى الواو بحر . وفيه تشديد على نفسه نهر (قوله لو مدخو بها) أى ولو حكما ليشمل المختلى بها ، فإن الطلاق فى العدة يلحقها احتياطا وهو الأقرب للصواب كما تقدم فى أحكام الخلوة من باب المهر ، وبسطنا الكلام عليه هناك (قوله كقوله لها) أى لغير الموطوءة أنت طالق واحدة وثنتين فإنها تبين بقوله واحدة لا إلى عدة فلا يلحقها مابعدها (قوله فثلاث) لأن إرادة معنى مع بنى ثابت كقوله تعالى - ويتجاوز عن سيآتهم فى أصحاب الجنة - فصار كما إذا قال لها أنت طالق واحدة مع ثنتين ، أفاده فى البحر (قوله مطلقا) أى مدخولا بها أولا ح (قوله لما مر) أى من قوله لأنه يكثر الأجزاء لا الافراد ح (قوله فكما مر) أى فيقع فى صورة معنى الواو ثلاث فى المدخول بها وثنتان فى غيرها وفى صورة معنى مع ثلاث مطلقا ح (قوله واحدة رجعية) لأنه وصفه بالقصر لأنه متى وقع فى مكان وقع فى كل الأماكن ،

الدار أو الظل أوالشمس أوثوب كذا تنجيز) يقع للحال (كقوله أنت طالق مريضة أو مصلية) أو وأنت مريضة أو وأنت تصلين (ويصدق) فى الكل (ديانة) لاقضاء (لو قال عنيت إذا) دخلت أو إذا (لبست أو إذامرضت) ونحو ذلك ؛ فيتعلق به كقوله : إلى سنة أو إلى رأس الشهر أو الشتاء .

(وإذا دخلت مكة تعليق) وكذا فى دخولك الدار أو فى لبسك ثوب كذا أو فى صلاتك ونحو ذلك ، لأن الظرف يشبه الشرط ، ولو قال لدخولك أو لحيضك تنجيز ؛ ولو بالباء تعلق ، وفى حيضك وهى حائض فحتى

فتخصيصه بالشام تقصير بالنسبة إلى ماوراءه ثم لايحتمل القصر حقيقة ، فكان قصر حكمه وهو بالرجعى وطوله بالبائن ، ولأنه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها إلى مكان وهو لايحتمله ، فلم يثبت به زيادة شدة نهر (قوله أوثوب كذا) أى وعليها ثوب غيره نهر (قوله يقع للحال) تفسير لقوله تنجيز ، وذلك لأن الطلاق الذى هو رفع القيد الشرعى معدوم فى الحال ، وقد جعل الشارع لمن أراده أن يعلق وجوده بوجود أمر معدوم يوجد الطلاق عندوجوده والأفعال والزمان هما الصالحان لذلك ، لأن كلامنهما معدوم فى الحال ثم يوجد ، بخلاف المكان الذى هو عين ثابتة فإنه لايتصور الإناطة به ، وتمامه فى الفتح (قوله لاقضاء) لما فيه من التخفيف على نفسه بحر (قوله فيتعلق) عطف على قوله ويصدق ، وقوله به : أى بالشرط المذكور فى الصور ط (قوله كقوله إلى سنة الخ) فى التاترخانية عن المحيط : ولو قال أنت طالق إلى الليل أو إلى شهر أو إلى سنة أو إلى الصيف أو إلى الشتاء أو إلى الربيع أو إلى الخريف فهو على ثلاثة أوجه : إما أن ينوى الوقوع بعد الوقت المضاف إليه فيقع الطلاق بعد مضيه ، أو ينوى الوقوع ويجعل الوقت للامتداد فيقع للحال ، أولا تكون له نية أصلا فيقع بعد الوقت عندنا ، وللحال عند زفر . قاسه على ما إذا جعل الغاية مكانا كإلى مكة أو إلى بغداد فإنه تبطل الغاية ويقع للحال اهـ (قوله تعليق) لوجود حقيقته بحر (قوله وكذا الخ) أى فيتعلق بالفعل فلا تطلق حتى تفعل بحر (قوله أو فى صلاتك) ولا تطلق حتى تركع وتسجد ، وقيل حتى ترفع رأسها من السجدة ، وقيل حتى توجد القعدة تاترخانية (قوله ونحو ذلك) كقوله فى مرضك أو وجعك فإنه لافرق بين الفعل الاختيارى وغيره كما فى البحر ط (قوله لأن الظرف يشبه الشرط) من حيث أن المظروف لايوجد بدون الظرف كالمشروط لايوجد بدون الشرط ، فيحمل عليه عند تعذر معناه أعنى الظرف نهر (قوله تنجيز) الأولى تنجز على أنه فعل ماض جواب لو كما قال بعده تعلق بصيغة الفعل ، وإنما تنجز لأنه أوقع الطلاق للحال ، وعلله بما ذكر فيقع سواء وجد الدخول أو الحيض أولا رحمتى . قلت: وينبغى أن يتعلق لو نوى باللام التوقيت كما فى – أقم الصلاة لدلوك الشمس – (قوله ولو بالباء تعلق) لأنها للإلصاق ، وقد أوقع عليها طلاقا ملصقا بما ذكر فلا يقع إلا به رحمتى (قوله وفى حيضك الخ) قال فى البدائع : وإذا قال أنت طالق فى حيضك أو مع حيضك فحيثما رأت الدم تطلق بشرط أن يستمر ثلاثة أيام ، لأن كلمة فى للظرف والحيض لايصلح ظرفا فيجعل شرطا وكلمة مع للمقارنة ، فإذا استمر ثلاثا تبين أنه كان حيضا من حين وجوده فيقع من ذلك الوقت ؛ ولو قال : فى حيضتك فما لم تحض وتطهر لاتطلق ، لأن الحيضة اسم للكامل وذلك باتصال الطهر بها ، ولو كانت حائضا فى هذه الفصول كلها لايقع ما لم تطهر وتحيض أخرى ، لأنه جعل الحيض شرطا للوقوع والشرط مايكون معدوما على خطر الوجود وهو الحيض المستقبل لاالموجود فى الحال اهـ .

قلت : وينبغى الوقوع لو نوى فى مدة حيضك الموجود تأمل .

وفى الجوهرة : ولوقال لها وهى حائض إذاحضت فهو على حيض مستقبل ، فإن عنى مايحدث من هذا الحيض فكما نوى لأنه يحدث حالا فحالا ، بخلاف قوله للحبلى إذا حبلت ونوى هذا الحبل لايحنث لأنه ليس له أجزاء متعددة اهـ .

تحيض أخرى، وفى حيضتك فحتى تحيض وتطهر، وفى ثلاثة أيام تنجتز، وفى مجئ ثلاثة أيام تعلق بمجئ الثالث سوى يوم حلفه، لأن الشروط تعتبر فى المستقبل، ويوم القيامة لغو، وقبله تنجيز.

وفى طالق تطليقة حسنة فى دخولك الدار إن رفع حسنة تنجز وإن نصبها تعلق.

وسأل الكسائى محمدا عمن قال لامرأته:

فإن ترفقى ياهند فالرفق أيمن وإن تخرقى ياهند فالخرق أشأم

وفي الخانية: قال لحائض إذا حضت فأنت طالق فهو على حيض مستقبل، ولو قال لها: إذا حضت غدا فهو على دوام ذلك الحيض إلى فجر الغد، لأنه لا يتصور حدوث حيضة فى الغد فيحمل على الدوام، وكذا إذا مرضت وهى مريضة بخلاف قوله للصحيحة إذا صححت فيقع كما سكت، لأن الصحة أمر يمتد فلدوامه حكم الابتداء، كقوله للقائم إذا قمت، وللقاعد إذا قعدت، وللمملوك إذا ملكتك، والحيض والمرض وإن كان يمتد إلا أن الشرع لما علق بالجملة أحكاما لاتتعلق بكل جزء منه فقد جعل الكل شيئا واحدا اه (قوله وفى ثلاثة أيام تنجيز) لأن الوقت يصلح ظرفا لكونها طالقا، ومتى طلقت فى وقت طلقت فى سائر الأوقات بحر (قوله بمجيء الثالث) لأن المجيء فعل فلم يصح ظرفا فصار شرطا بحر (قوله لأن الشروط تعتبر فى المستقبل) علة لقوله سوى يوم حلفه، فإن مجيء اليوم عبارة عن مجيء أول جزئه، يقال جاء يوم الجمعة كما طلع الفجر واليوم الأول قد مضى أول جزئه، أفاده فى البحر. ومفاده أن هذا فيما لو حلف نهارا.

وفى التاترخانية: ولو قال فى الليل أنت طالق فى مجيء ثلاثة أيام طلقت كما طلع الفجر من اليوم الثالث، ولو قال فى مضى ثلاثة أيام إن قال ذلك ليلا طلقت بغروب شمس الثالث، هكذا فى بعض نسخ الجامع، وفى بعضها لاتطلق حتى تجيء ساعة حلفه من الليلة الرابعة، وهكذا ذكره القدورى اه (قوله لغو) لأن التكاليف رفعت فيه، وإنما لم يتنجز لأنه جعل الوقوع فى زمان معين والزمان يصلح للإيقاع إلا أنه منع مانع من إيقاعه فيه ط (قوله وقبله تنجيز) لأن القبلية ظرف متسع فيصدق بحين التكلم ط (قوله إن رفع الخ) الفرق أنه على الرفع يكون نعتا للمرأة فكان فاصلا، وعلى النصب يكون نعتا للتطليقة، فلم يكن فاصلا نهر عن المحيط: أى وإذا لم يكن فاصل أجنبى لم يكن قوله فى دخولك مستأنفا بل يتعلق بطالق فيتقيد به (قوله وسأل الكسائى محمدا الخ) أشار به إلى رد ماذكره ابن هشام فى المغنى من الباب الأول من بحث اللام: أنه كتب الرشيد إلى أبى يوسف يسأله عن ذلك، فقال هذه مسألة نحوية فقهية ولا آمن من الخطأ إن قلت فيها، فسألت الكسائى فقال: إن رفع ثلاثا طلقت واحدة لأنه قال أنت طلاق ثم أخبر أن الطلاق التام ثلاث، وإن نصبها طلقت ثلاثا لأن معناه أنت طالق ثلاثا، وما بينهما جملة معترضة اه ملخصا.

قال فى الفتح: وهو بعد كونه غلطا بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد، فإن من شرطه معرفة العربية وأساليبها، لأن الاجتهاد يقع فى الأدلة السمعية العربية. والذى نقله أهل الثبت من هذه المسألة عمن قرأ الفتوى حين وصلت خلافه، وأن المرسل الكسائى إلى محمد بن الحسن، ولا دخل لأبى يوسف أصلا ولا للرشيد، ولمقام أبى يوسف أجل من أن يحتاج فى مثل هذا التركيب مع إمامته واجتهاده وبراعته فى التصرفات من مقتضيات الألفاظ.

ففى المبسوط: ذكر ابن سماعة أن الكسائى بعث إلى محمد بفتوى فدفعها إلى فقرأتها عليه، فكتب فى جوابه مامر، فاستحسن الكسائى جوابه اه. وذكر ح عن حاشية المغنى للجلال السيوطى أن هذا هو المروى فى تاريخ الخطيب البغدادى (قوله فإن ترفقى الخ) بعد هذين البيتين بيت ثالث وهو قوله:

فأنت طلاق والطلاق عزيمة ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

كم يقع ؟ فقال : إن رفع ثلاثا فواحدة ، وإن نصبها فثلاث ، وتمامه فى المغنى وفيما علقناه على الملتقى (و) بقوله (أنت طالق غدا أو فى غد يقع عند) طلوع (الصبح ، وصح فى الثانى نية العصر) أى آخر النهار (قضاء وصدق

فبينى بها إن كنت غير رفيقة وما لامرئ بعدالثلاث مقدم

قال فى النهر : وفى شرح الشواهد للجلال : الرفق ضد العنف ، يقال رفق بفتح الفاء يرفق بضمها . والخرق : بالضم وسكون الراء الاسم ؛ من خرق بالكسر يخرق بالفتح خرقا بفتح الخاء والراء : وهو ضد الرفق . وفى القاموس أن ماضيه بالكسر كفرح وبالضم ككرم . وأيمن من اليمن : وهو البركة ، وأشأم من الشؤم : وهوضد اليمن . وذكر ابن يعيش أن فى البيت الثانى حذف الفاء والمبتدإ ، أى فهو أعق وإن تعليلية واللام مقدرة : أى لأجل كونك غير رفيقة ، والمقدم مصدر ميمى من قدم بمعنى تقدم : أى ليس لأحدتقدم إلى العشرة والألفة بعد تمام الثلاث ، إذ بها تمام الفرقة اهـ .

مطلب فى قول الشاعر فأنت طلاق والطلاق عزيمة

(قوله فأنت طلاق) يقال فيه ماقيل فى زيد عدل ط (قوله والطلاق عزيمة) أى معزوم عليه ليس بالغوولا لعب نهر (قوله وتمامه فى المغنى) حيث قال : أقول : إن الصواب أن كلا من الرفع والنصب محتمل لوقوع الثلاث والواحدة ، أما الرفع فلأن أل فى والطلاق إما لمجاز الجنس كزيد الرجل : أى هو الرجل المعتدّ به ، وإما للعهد الذكرى أى وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ، فعلى العهدية تقع الثلاث ، وعلى الجنسية تقع واحدة . وأماالنصب فإنه يحتمل أن يكون على المفعول المطلق فيقتضى وقوع الثلاث ، إذ المعنى فأنت طالق طلاقا ثلاثا ثم اعترض بينهما بقوله : والطلاق عزيمة وأن يكون حالا من المستتر فى عزيمة وحينئذ لايلزم وقوع الثلاث ، لأن المعنى والطلاق عزيمة إذا كان ثلاثا بل يقع مانواه ، هذا مايقتضيه اللفظ . والذى أراده الشاعر الثلاث لقوله فبينى بها الخ اهـ .

وذكر فى الفتح أن الظاهر فى النصب المفعول المطلق ، وفى الرفع العهد الذكرى فيقع الثلاث ، ولذا ظهر من الشاعر أنه أراده .

مطلب فى إضافة الطلاق إلى الزمان

(قوله وبقوله أنت الخ) هذا عقد له فى الهداية وغيرها فصلا فى إضافة الطلاق إلى الزمان (قوله يقع عند طلوع الصبح) أى الفجر الصادق لاالكاذب ، ولكونه أخص من الفجر عبر به . ووجه الوقوع عند طلوعه أنه وصفها بالطلاق فى جميع الغد فيتعين الجزء الأول لعدم المزاحم بحر (قوله وصح فى الثانى نية العصر) لأنه وصفها به فى جزء منه بحر (قوله أى آخر النهار) تفسير مراد . والظاهر أنه لو أراد وقت الضحوة أو الزوال صدق كذلك ط (قوله قضاء) وقالا : لاتصح كالأول ، ولا خلاف فى صحتها فيهما ديانة . والفرق له عموم متعلقها بدخولها مقدرة لاملفوظا بها للفرق لغة بين صمت سنة وفى سنة . وشرعا بين لأصومن عمرى حيث لايبر إلابصوم كله وفى عمرى حيث يبر بساعة ، وبين قوله إن صمت شهرا فعبده حر حيث يقع على صوم جميعه ، بخلاف إن صمت فى هذا الشهر حيث يقع على صوم ساعة منه كما فى المحيط ، فنية جزء من الزمان مع ذكرها نية الحقيقة ومع حذفها نية تخصيص العام فلا يصدق قضاء ، وهذا بخلاف ما لايتجزأ الزمان فى حقه فإنه لافرق فيه بين الحذف والإثبات كصمت يوم الجمعة أو فى يومها ، وتمامه فى البحر والنهر .

فيهما ديانة) ومثله أنت طالق شعبان أو فى شعبان (وفى أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم اعتبر اللفظ الأول) ولو عطف بالواو يقع فى الأول واحدة وفى الثانى ثنتان ، كقوله : أنت طالق بالليل والنهار أو أول النهار وآخره وعكسه ، أو اليوم ورأس الشهر ، والأصل أنه متى أضاف الطلاق لوقتين كائن ومستقبل بحرف عطف ، فإن بدأ بالكائن اتحد أو بالمستقبل تعدد ، وفى أنت طالق اليوم وإذا جاء غد أو أنت طالق لا بل غدا طلقت واحدة للحال وأخرى فى الغد (أنت طالق واحدة أولا أو مع موتى أو مع موتك لغو) أما الأول فلحرف الشك ، وأما

قلت : وكذا لافرق بينهما فيما يتجزأ زمانه مع العلم بعدم شموله مثل أكلت يوم الجمعة أو فى يومها (قوله أو فى شعبان) فإذا لم تكن له نية طلقت حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب وإن نوى آخر شعبان فهو على الخلاف فتح (قوله اعتبر اللفظ الأول) فيقع فى اليوم فى الأول وفي غد فى الثانى لأنه بذكره اللفظ الأول ثبت حكمه تنجيزا فى الأول وتعليقا فى الثانى ، فلا يحتمل التغيير بذكر الثانى ، لأن المنجز لايقبل التعليق ولا المعلق التنجيز نهر (قوله ولو عطف الخ) قال فى التبيين لأن المعطوف غير المعطوف عليه غير أنه لاحاجة لنا إلى إيقاع الأخرى فى الأولى لإمكان وصفها غدا بطلاق واقع عليها اليوم ولايمكن ذلك فى الثانية فيقعان اهـ ح (قوله كقوله أنت طالق بالليل والنهار) أى فإنه يقع واحدة إذا كانت هذه المقالة فى الليل ، وكذا أول النهار وآخره إن كانت هذه المقالة فى أول النهار ح (قوله وعكسه) بالجر عطف على مدخول الكاف ، يعنى إذا قال أنت طالق بالنهار والليل أو آخر النهار وأوله طلقت ثنتين إذا كانت هذه المقالة بالليل فى أول النهار أيضا ، فلو كانت هذه المقالة بالنهار أو آخر النهار انعكس الحكم فى الكل كما فى البحر ح .

قلت : وهذا إذا لم يصرح فى المعطوف بلفظ فى لما فى الذخيرة ؛ ولو قال ليلا : أنت طالق فى ليلك وفى نهارك أو قال نهارا : أنت طالق فى نهارك وفى ليلك طلقت فى كل وقت تطليقة ، فإن نوى واحدة دين لأنه يحتمله لفظه بحمل لفظ « فى » على معنى مع (قوله أو اليوم ورأس الشهر) أى فيقع واحدة ، ولو قال : رأس الشهر واليوم فثنتان فكان الأولى تقديمه على قوله وعكسه كما لايخفى (قوله كائن ومستقبل) كاليوم وغدا ، وأما الماضى والكائن كأمس واليوم ففيه كلام يأتى قريبا فى الشرح . وفى الخانية : قال لها فى وسط النهار أنت طالق أول هـذا اليوم وآخره فهى واحدة ، ولو عكس فثنتان ، لأن الطلاق الواقع فى آخر اليوم لايكون واقعا فى أوله فيقع طلاقان (قوله اتحد) لأنها إذا طلقت اليوم تكون طالقا فى غد فلا حاجة إلى التعدد ، لكن فى البحر عن الخانية : أنت طالق اليوم وبعد غد طلقت ثنتين فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، ولعل وجهه أن اليوم وغدا بمنزلة وقت واحد لدخول الليل فيه ، بخلاف وبعد غد فهما كوقتين ، لأن تركه يوما من البين قرينة على إرادته تطليقا آخر فى بعد الغد كما يأتى قريبا مايؤيده ، لكن يشكل عليه وقوع الواحدة فى اليوم ورأس الشهر ، إلا أن يجاب بأن المراد ما إذا كان الحلف فى آخر اليوم من الشهر فلا يوجد فاصل تأمل (قوله طلقت واحدة للحال وأخرى فى الغد) أما فى قوله أنت طالق اليوم وإذا جاء غد فلأن المجىء شرط معطوف على الإيقاع والمعطوف غير المعطوف عليه ، والموقع للحال لايكون متعلقا بشرط ، فلابد وأن يكون المتعلق تطليقة أخرى ، فإن لم يذكر الواو لاتطلق إلا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الأول بالآخر كذا فى البحر . وأما فى قوله :أنت طالق لا بل غدا فلأنه أراد بالإضراب إبطال المنجز ولا يمكنه إبطاله ويقع بقوله بل غدا أخرى ح (قوله فلحرف الشك) هذا قول الإمام والثانى آخرا . وقال محمد : والثانى أولا تطلق رجعية لأنه أدخل الشك فى الواحدة فبقى قوله أنت طالق . ولهما أن الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بالعدد ، بدليل ماأجمعوا عليه من أنه لو قال لغير المدخول بها

الثانى فلإضافته لحالة منافية للإيقاع أو الوقوع (كذا أنت طالق قبل أن أتزوجك أو أمس و) قد (نكحها اليوم) ولو نكحا قبل أمس وقع الآن ، لأن الإنشاء فى الماضى إنشاء فى الحال ؛ ولو قال أمس واليوم تعدد ، وبعكسه اتحد ، وقيل بعكسه (أو أنت طالق قبل أن أطلق أو قبل أن تخلق أو طلقتك وأنا صبى أو نائم) أو مجنون وكان معهودا كان لغوا (بخلاف) قوله (أنت حر قبل أن أشتريك أو أنت حر أمس وقد اشتراه اليوم فإنه يعتق ، كما) يعتق (لو أقر لعبد ثم اشتراه) لإقراره بحريته (أنت طالق قبل موتى بشهرين أو أكثر ومات قبل مضى شهرين لم تطلق) لانتفاء الشرط (وإن مات بعده طلقت

أنت طالق ثلاثا وقعن ، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث نهر ، وقيد بالعدد ، لأنه لو قال أنت طالق أولا لايقع فى قولهم لأنه أدخل الشك فى الإيقاع ، وكذا أنت طالق إلا لأنه استثناء ؛ وكذا أنت طالق إن كان أو إن لم يكن أو لولا لأنه شرط والإيقاع إذا لحقه استثناء أو شرط لم يبق إيقاعا بحر ، وتمام فروع المسألة فيه (قوله لحالة منافية للإيقاع أو الوقوع) نشر مرتب ح أى لأن موته مناف لإيقاع الطلاق منه وموتها مناف لوقوعه عليها (قوله كذا أنت طالق الخ) لأنه أسند الطلاق إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله إنكار الطلاق فيلغو ، ولأنه حين تعذر تصحيحه إنشاء أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح : أى طالق أمس عن قيد النكاح إذ لم تنكحى بعد أو عن طلاق كان لها إن كان اهـ فتح ، وقيد بكونه لم يعلقه بالتزوج لأنه لو علقه به كأنت طالق قبل أن أتزوجك إذا تزوجتك أو أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك ففيهما يقع عند التزوج اتفاقا وتلغو القبلية ،وإن أخر الجزاء كإن تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع خلافا لأبى يوسف لأن الفاء رجحت الشرطية ،والمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده ، فصار كأنه قال بعد التزوج أنت طالق قبل أن أتزوجك وتمامه فى البحر (قوله ولو نكحها قبل أمس الخ) لم أر مالو نكحها فى الأمس،ومقتضى قول الفتح المذكور آنفا ولأنه حين تعذر تصحيحه إنشاء الخ أنه يقع لأنه لم يتعذر تأمل ، ثم رأيت التصريح بالوقوع فى شرح درر البحار حيث قال ولو تزوجها فيه أو قبله تنجز (قوله لأن الإنشاء فى الماضى إنشاء فى الحال) لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ، ولا يمكن تصحيحه إخبارا لكذبه وعدم قدرته على الإسناد ،فكان إنشاء فى الحال ، وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا فى مسألة الدور بالوقوع ، وحكم أكثرهم بعدمه ، وتمامه فى الفتح والبحر والنهر وقدمنا الكلام عليها مستوفى أول الطلاق (قوله تعدد) لأن الواقع فى اليوم لايكون واقعا فى الأمس ، فاقتضى أخرى بحر عن المحيط .

قال فى النهر : أنت خبير بأن العلة المذكورة فى الأمس واليوم تأتى فى اليوم والأمس ، فتدبر فى الفرق بينهما فإنه دقيق ، على أن مقتضى الأصل : أى المتقدم قريبا وقوع واحدة فى الأمس واليوم لأنه بدأ بالكائن اهـ تأمل (قوله وقيل بعكسه) جزم به فى الخانية . وقال فى الذخيرة عازيا إلى المنتقى : أنت طالق أمس واليوم يقع واحدة وفى عكسه ثنتان ، كأنه قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة اهـ . قال ح : وهذا هو الحق ، لأن إيقاعه فى الأمس إيقاع فى اليوم كما قال المقدسى (قوله وكان معهودا) أى الجنون ولو بإقامة بينة عليه (قوله كان لغوا) لأن حاصله إنكار الطلاق كما مر (قوله لإقراره بحريته) علة للصور الثلاث ط (قوله قبل موتى) مثله قبل موتك ط (قوله لانتفاء الشرط) اعترض بأن الموت كائن لامحالة فليس بشرط إلا فى معناه ، بل هو معرف للوقت المضاف إليه الطلاق ، ولذا يقع مستندا لو مات بعد الشهرين ، بخلاف القدوم كما سيأتى .

وأجاب الرحمتى بأن المواد لانتفاء شرط صحة الاستناد لأن شرطه وجود زمان يستند إليه الوقوع قبل الموت وهو المدة المعينة اهـ .

مستنداً) لأول المدة لاعند الموت (و) فائدته أنه (لاميراث لها) لأن العدة قد تنقضي بشهرين بثلاث حيض ؟
(قال لها أنت طالق كل يوم) أو كل جمعة أو رأس كل شهر (ولا نية له تقع واحدة) فإن نوى كل يوم

قلت : على أن الشرط ليس هو الموت بل مضى شهرين بعد الحلف وهذا محتمل الوقوع وعدمه ، فإذا لم يمض لم يوجد الشرط .

فإن قيل : يمكن تكميل ذلك من الماضي كأنت طالق أمس . قلت : هنا يحتمل أن يموت بعد شهرين فاعتبر حقيقة كلامه بخلاف الأمس تأمل (قوله مستندا لأول المدة) هذا قول الإمام . وعندهما يقع عند الموت مقتصرا وقدانتفت أهلية الإيقاع أوالوقوع فيلغو ، فقوله لا عندالموت رد لقولهما رحمتي (قوله وفائدته أنه لاميراث لها الخ) اعترضه الشرنبلالي بما حاصله أن عدم ميراثها بناء على إمكان انقضاء العدة بشهرين ضعيف ، والصحيح المفتى به اقتصار العدة عندالإمام على وقت الموت فترثه ، نص عليه في شرح الجامع الكبير ، إذلا يظهر الاستناد في الميراث كما في الطلاق ، لما فيه من إبطال حقها ومع ضعفه فوجهه غير ظاهر لأن عدة زوجة الفار أبعد الأجلين ، وبمضي ثلاث حيض في شهرين حقيقة لاتنقضي عدتها ويبقى شهران وعشرة أيام لإتمام أبعد الأجلين فترثه ، فكيف تمنع بإمكان الثلاث في شهرين اه .

وأوضحه الرحمتي بأن الطلاق يقع عنده مستندا لأول المدة ، فإن كان فيها مريضا إلى الموت فقدتحقق الفرار منه وإلا فكذلك لأنه لا يعلم وقوع طلاقه إلا بموته وتعلق حقها بماله ، ولا يتأتى موته بعد العدة لأنها تجب بالموت عنده على الصحيح لأنها لا تثبت مع الشك في وجود سببها ، وعلى الضعيف من أنها تستند إلى حين الوقوع فإنها تكون بأبعد الأجلين لا بمجرد ثلاث حيض في شهرين ؛ ولو سلم فلابد من تحقق ذلك ، بأن تعترف بأنها حاضت ثلاثا لا بمضي الشهرين بل ولا بمضي السنة والسنتين ، فما ذكره المصنف تبعا للدرر لا ينطبق على قواعد الفقه بوجه فليتنبه له اه (قوله بشهرين بثلاث حيض) الباء الأولى للتعدية متعلقة بتنقضي والثانية للمصاحبة في موضع الحال من شهرين فافهم (قوله أنت طالق كل يوم) قال في البحر : ومما تفرع على حذف في وإثباتها لو قال أنت طالق كل يوم تقع واحدة عند أئمتنا الثلاث . وقال زفر : تقع ثلاث في ثلاثة أيام ؛ ولو قال في كل يوم طلقت ثلاثا في كل يوم واحدة إجماعا ؛ كما لو قال عند كل يوم أو كلما مضى يوم . والفرق لنا أن « في » للظرف والزمان إنما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع ، بخلاف كل يوم فيه الاتصاف بالواقع ، فلو نوى أن تطلق كل يوم تطليقة أخرى صحت نيته اه (قوله أو كل جمعة) محله ما إذا نوى كل جمعة تمر بأيامها على الدهر أو لم تكن له نية ، وإن كانت نيته على كل يوم جمعة فهي طالق في كل يوم جمعة حتى تبين بثلاث ط عن البحر .

وحاصله إن نوى بالجمعة الأسبوع أو أطلق فواحدة ، وإن نوى اليوم المخصوص فثلاث لوجود الفاصل بين الأيام كما يتضح قريبا (قوله أو رأس كل شهر) الصواب حذف رأس .

ففي الذخيرة والهندية والتاترخانية : أنت طالق رأس كل شهر تطلق ثلاثا في رأس كل شهر واحدة ، ولو قال أنت طالق كل شهر طلقت واحدة ، لأن في الأول بينهما فصل في الوقوع ولا كذلك الثاني اه أي لأن رأس الشهر أوله ، فبين رأس الشهر ورأس الآخر فاصل ، فاقتضى إيقاع طلقة في أول كل شهر ؛ ونظيره مامر عن الخانية في أنت طالق اليوم وبعد غد ، بخلاف قوله في كل شهر ، فإن الوقت المضاف إليه الطلاق متصل فصار بمنزلة وقت واحد فكان الواقع في أوله واقعا في كله ونظيره أنت طالق اليوم وغدا هذا ماظهر لي (قوله فإن نوى كل يوم)

أوقال فى كل يوم أو مع أو عند أو كلما مضى يوم يقع ثلاث فى أيام ثلاثة والأصل أنه متى ترك كلمة الظرف اتحد وإلا تعدد .

وفى الخلاصة أنت طالق مع كل يوم تطليقة وقع ثلاث للحال (قال أطولكما عمرا طالق الآن لاتطلق حتى تموت إحداهما فتطلق الأخرى) لوجود شرطه حينئذ :

(قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم بعد شهر وقع الطلاق مقتصرا) :

أى نوى أن يقع تطليقة فى كل يوم أو فى كل جمعة أى أسبوع ، وكذا لو نوى بالجملة يومها المخصوص كما مر (قوله أو قال فى كل يوم) لأنه جعل كل يوم ظرفا للوقوع فيتعدد الواقع (قوله وفى الخلاصة الخ) كذا وقع فى البحر ، وتبعه الشارح ، وفيه تحريف بزيادة لفظة يوم ؛ فإن عبارة الخلاصة أنت طالق مع كل تطليقة بدون لفظة يوم ، وحينئذ فلا يناقض قوله أو مع فافهم (قوله فتطلق الأخرى) أى مستندا عنده ومقتصرا عندهما فتح . قال المقدسى : قلت فيلزمه العقر لو وطئها بينهما لو كان بائنا ويراجع لو رجعيا ، ولو قال نظيره لإحدى أمتيه فالحكم كذلك فليتأمل اه وقوله بينهما أى بين الحلف والموت (قوله لوجود شرطه) أى المعنوى وهو طول العمر وقوله حينئذ أى حين إذا ماتت الأخرى قبلها ط وهذا مبنى على أن المراد بأطولكما عمرا من تأخرت حياتها عن حياة الأخرى لا من زاد عمرها من حين المولد إلى حين الوفاة على عمر الأخرى ،وإلا فقد تكون التى ماتت أولا أطول عمرا من الأخرى ، كأن ماتت الأولى فى سن السبعين مثلا وكانت الأخرى فى سن العشرين ، فلو كان المراد الثانى لم تطلق الباقية حتى يزيد سنها على السبعين ، وكل من المعنيين مستعمل فى العرف ،والأقرب للمراد هنا تعبير الفتح وغيره بقوله أطولكما حياة ، فإن المتبادر منه من تأخرت حياتها عن حياة الأخرى فكان الأولى للمصنف التعبير به (قوله وقع الطلاق مقتصرا) وقال زفر مستندا ، وإن قال قبل موت زيد بشهر وقع مستندا عند أبى حنيفة وقالا مقتصرا على الموت ، وفائدة الخلاف تظهر فى اعتبار العدة ؟ فعند أبى حنيفة تعتبر من أول الشهر ، فلو كان وطئها فى الشهر يصير مراجعا إن كان الطلاق رجعيا ، ولو كان ثلاثا ووطئها فيه غرم العقر : وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعا ولا يلزمه عقر ، وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا ولو مات زيد قبل تمام الشهر لاتطلق لعدم شهر قبل الموت،ولو مات بعد العدة فيما إذا طلقها فى أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لايقع لعدم المحل إذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند ، كذا فى الجامع الكبير والأسرار .

والفرق لأبى حنيفة بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرّف كما لو قال إن كان زيد فى الدار فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم ، وهذا لأن الموت فى الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلا ، فأشبه سائر الشروط فى احتمال الخطر ، فإذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لأن الموت كائن لا محالة ، إلا أن الطلاق لا يقع فى الحال ، لأنا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وأنه غير ثابت والموت يعرفه ، ففارق من هذا الوجه الشرط ، وأشبه الوقت فى قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ؛ ولو قال قبل رمضان بشهر وقع فى شعبان اتفاقا وتمامه فى الفتح .

اعلم أن طريق ثبوت الأحكام أربعة : الانقلاب ، والاقتصار ، والاستناد، والتبيين . فالانقلاب : صيرورة ماليس بعلة علة كالتعليق . والاقتصار : ثبوت الحكم فى الحال . والاستناد : ثبوته فى الحال مستندا إلى ماقبله بشرط بقاء المحل كل المدة ، كلزوم الزكاة حين الحول مستندا لوجود النصاب . والتبيين : أن يظهر فى الحال تقدم الحكم كقوله إن كان زيد فى الدار فأنت طالق وتبين فى الغد وجوده فيها تطلق من حين القول فتعتد منه (أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى مالم أطلقك وسكت طلقت) للحال بسكوته (وفى إن لم أطلقك

مطلب الانقلاب والاقتصار والاستناد والتبيين

(قوله أن طريق ثبوت الحكم أربعة) المراد جنس الطريق فصح الإخبار بقوله أربعة ط (قوله والتبيين) كذا عبارتهم فهو مصدر بمعنى التبين أى الظهور (قوله كالتعليق) كما فى أنت طالق إن دخلت الدار ، فإن" أنت طالق علة لثبوت حكمه وهو الطلاق ، مثل بعت علة لثبوت الملك وأعتقت علة لثبوت الحرية لكنه بالتعليق لم ينعقد علة إلا عند وجود شرطه وهو دخول الدار ، وعند الشافعى ينعقد علة فى الحال ، والتعليق يؤخر نزول حكمه إلى وجود الشرط ، وثمرة الخلاف فى قوله إن تزوجتك فأنت طالق فإنه يصح عندنا لانعقاد علته فى وقت الملك لاعنده لعدمه كما بسط فى الأصول فافهم (قوله ثبوت الحكم فى الحال) كإنشاء البيع والطلاق والعتاق وغيرها ح عن المنح (قوله والاستناد الخ) قال فى الأشباه : وهو دائر بين التبيين والاقتصار ، وذلك كالمضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا إلى وقت وجود السبب ، وكالنصاب فإنه تجب الزكاة عند تمام الحول مستندا إلى وقت وجوده وكطهارة المستحاضة والمتيمم تنتقض عند خروج الوقت ورؤية الماء مستندا إلى وقت الحدث ولهذا لايجوز المسح لهما (قوله بشرط بقاء المحل الخ) هذا الشرط هو الفارق بين الاستناد والتبيين كما أوضحه عن المنح . ومن فروع المسألة ما قالوه : لو قال لأمته أنت حرة قبل موت فلان بشهر ثم ولدت ولدا ثم باعهما أو لم يبعهما أو باع الأم فقط أو بالعكس عتق الولد عنده لاعندهما ، وعتقت الأم بالإجماع لو لم يبعها ، وهذا لأن عنده لما استند العتق سرى إلى الولد ، وعندهما لايسرى لعدم الاستناد ، ولو باعها فى وسط الشهر ثم اشتراها ثم مات فلان لتمام الشهر ، فعنده لاتعتق لعدم إمكان الاستناد إلى أول الشهر لزوال الملك فى أثنائه ، وعندهما تعتق لأنه مقتصر ، وتمام الفروع فى حواشى الأشباه (قوله حين الحول) أى حين تمامه (قوله مستندا لوجود النصاب) أى فى أول الحول بشرط وجود النصاب كل المدة . قال ط : والمراد أن لايعدم كله فى الأثناء ، لأنه إذا عدم جميعه ثم ملك نصابا آخر ولو بعد الأول بساعة اعتبر حول مستأنف (قوله تطلق من حين القول) أى بلا اشتراط بقاء المحل ، حتى لو حاضت بعد القول ثلاثا ثم طلقها ثلاثا ثم ظهر أنه كان فى الدار لاتقع الثلاث لأنه تبين وقوع الأول ، وأن إيقاع الثانى كان بعد انقضاء العدة كما فى المنح عن الأكمل (قوله فتعتد منه) أى من حين القول (قوله وسكت) محترزه قوله الآتى وفى قوله أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق (قوله طلقت للحال) وكذا لو قال أنت طالق زمان لم أطلقك أو حيث لم أطلقك أو يوم لم أطلقك ، لأنه أضاف الطلاق إلى زمان أو مكان خال عن طلاقها ، وبمجرد سكوته وجد المضاف إليه فيقع « وما » وإن كانت مصدرية إلا أنها تأتى نائبة عن ظرف الزمان ، ومنه - مادمت حيا - وهى وإن استعملت للشرط إلا أن الوضع للوقت ، لأن التطليق استدعى الوقت لامحالة فرجحت جهة الوقت ، وتمامه فى النهر . وفيه : ثم لايخفى أن الفرق بين البر والحنث لايظهر له أثر فى أنت طالق مالم أطلقك ونحوه ، ومن ثم قيد بعض المتأخرين موضوع المسألة بقوله ثلاثا وهو الأولى ، نعم لو قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وقع الثلاث متتابعات ولذا لو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة لا غير اهـ (قوله وفى إن لم أطلقك) ذكرهم إن وإذا هنا بالتبعية وإلا فالمناسب لهما باب التعليق ط

لا) تطلق بالسكوت بل يمتد النكاح (حتى يموت أحدهما قبله) أى قبل تطليقه فتطلق قبيل الموت لتحقق الشرط ويكون فارا .

(وإذا ما وإذا بلا نية مثل إن عنده و) مثل (متى عندهما) وقد مر حكمها .

(وإن نوى الوقت أو الشرط اعتبرت) نيته اتفاقا مالم تقم قرينة الفور فعلى الفور .

(وفى) قوله (أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق مع الوصل) بقوله مالم أطلقك (طلقت) المنجزة (الأخيرة) فقط

عن البحر (قوله لا تطلق بالسكوت الخ) لأن شرط البر تطليقه إياها فى المستقبل ، وهو ممن فى كل وقت يأتى مالم يمت أحدهما فيتحقق شرط الحنث وهو عدم التطليق ، وهذا عند عدم النية أو دلالة الفور كما يأتى فى إذا (قوله حتى يموت أحدهما) أشار به إلى أن موته كموتها وهو الصحيح خلافا لرواية النوادر ، بخلاف قوله إن لم أدخل الدار فأنت طالق حيث يقع بموته لا بموتها لأنه بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع ، أما الطلاق فإنه يتحقق اليأس عنه بموتها فتح (قوله لتحقق الشرط) أى شرط الحنث ؛ أما فى موته فظاهر ، وأما فى موتها فلتحقق اليأس عنه . قال فى الفتح : وإذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرثها الزوج لأنها بانت قبل الموت فلم تبق بينهما زوجية حالة الموت ، وإنما حكمنا بالبينونة وإن كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها ، لأن الفرض أن الوقوع فى آخر جزء لا يتجزى فلم يله إلا الموت وبه تبين . قال فى البحر : وقد ظهر أن عدم إرثه منها مطلق سواء كانت مدخولا بها أولا ثلاثا أو واحدة ، وبه ظهر أن تقييد الزيلعى عدمه بعدم الدخول أو الثلاث غير صحيح اهـ ومثله فى النهر (قوله ويكون فارا) أى إذا كان هو الميت لو قوع طلاقه فى حال إشرافه على الموت ، ويأتى فى باب طلاق المريض : لو علق الطلاق فى صحته وحنث مريضا كان فارا وهذا منه رحمتى ، فإن كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار وإن كان الطلاق ثلاثا ، وإلا لا ترثه بحر (قوله مثل إن عنده الخ) أى فلا تطلق عنده مالم يمت أحدهما وتطلق عندهما للحال بسكوته .

والحاصل أن إذا عنده هنا حرف لمجرد الشرط لأنها تستعمل ظرفا وحرفا فلا يقع الطلاق للحال بالشك ، وهذا قول بعض النحاة كما فى المغنى ، لكن ذكر أن جمهورهم على أنها منظمنة معنى الشرط ولا تخرج عن الظرفية . قال فى البحر : وهو مرجح لقولهما هنا ، وقد رجحه فى فتح القدير (قوله وإن نوى الوقت أو الشرط الخ) قال فى البحر : وقيدنا بعدم النية لأنه لو نوى بإذا معنى متى صدّق اتفاقا قضاء وديانة لتشديده على نفسه ، وكذا إذا نوى بإذا معنى إن على قولهما ، وينبغى أن يصدق عندهما ديانة فقط لأنها عندهما ظاهرة فى الظرفية والشرطية احتمال فلا يصدقه القاضى اهـ والبحث أصله لصاحب الفتح ، وانظر لو نوى بأن الفور هل يصح : الظاهر نعم ؛ كما لو قامت قرينة عليه (قوله مالم تقم قرينة الفور) وهى قد تكون لفظية وقد تكون معنوية ، فمن الأول طلقنى طلقنى ، فقال إن لم أطلقك فأنت كذا كان على الفور كما فى القنية ، ومن الثانى مالو طلب جماعها فأبت فقال إن لم تدخلى البيت فأنت كذا فدخلته بعد ماسكنت شهوته طلقت والبول لا يقطعه ، وينبغى أن يكون الطيب ونحوه وكل ما كان من دواعى الجماع كذلك ، وفى الصلاة خلاف نهر : أى إذا خافت خروج وقتها . قال الحسن : لا تقطع الفور ، وبه يفتى . وقال نصير : تقطع ، وستأتى مسائل الفور فى آخر باب اليمين على الدخول والخروج إن شاء الله تعالى بحر ، وفى المثالين دلالة على اعتبار قرينة الفور فى إن وإن كانت لمحض الشرط اتفاقا (قوله فعلى الفور) جواب شرط مقدر أى فإن قامت قرينة الفور فتطلق على الفور ط (قوله مع الوصل) فلو كان مفصولا وقع المنجز والمعلق بحر (قوله فقط) أى دون المعلقة ، وفائدة وقوع المنجزة دون المعلقة أن المعلق لو كان ثلاثا وقعت واحدة بالمنجز فقط بحر .

استحسانا ؛

[فرع] قال: إن لم أطلقك اليوم ثلاثا فأنت طالق ثلاثا فحيلته أن يطلقها على ألف ولاتقبل المرأة، فإن مضى اليوم لاتطلق به يفتى خانية ، لأن التطليق المقيد يدخل تحت المطلق (أنت طالق يوم أتزوجك فنكحها ليلا حنث بخلاف الأمر باليد) أى أمرك بيدك يوم يقدم زيد فقدم ليلا لم تتخير ولو نهارا بقى للغروب ، والأصل أن اليوم متى قرن بفعل ممتد يستوعب المدة يراد به النهار كالأمر باليد فإنه يصح جعله بيدها يوما أو شهرا ، ومتى قرن بفعل لايستوعبها يراد به مطلق الوقت

قلت : بل تظهر فائدته وإن كان المعلق واحدة حيث لم تقع المعلقة أيضا بل هذه فائدة تنجيز الواحدة موصولا فإنه لولا إيقاعه الواحدة موصولا لوقع الثلاث المعلقة، أما لوكان المعلق واحـدة فلا فرق بين تنجيز الواحدة وعدمه إلا على قول زفر الآتى فافهم (قوله استحسانا) والقياس أن يقع المضاف والمنجز جميعا إن كانت مدخولا بها وإلا وقع المضاف وحده، وهو قول زفر لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل، وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منه . وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف لأن مقصوده بالبمين البر ولا يمكن إلا بجعل هذا القدر مستثنى، وتمامه في الفتح (قوله لأن التطليق المقيد) أى بقوله على ألف يدخل تحت المطلق أى الذى فى قوله إن لم أطلقك فإنه صادق بالمقيد وغيره ، فإذا وجد التطليق ولو مقيدا انعدم شرط الحنث وهو عدم التطليق ؛

مطلب فى قولهم اليوم متى قرن بفعل ممتد

(قوله والأصل أن اليوم الخ) قيد باليوم ، لأن الليل لايستعمل لمطلق الوقت بل هو اسم لسواد الليل وضعا وعرفا، فلو قال إن دخلت ليلا لم تطلق إن دخلت نهارا ، أما لفظ اليوم فيطلق على بياض النهار حقيقة اتفاقا قيل وعلى مطلق الوقت حقيقة أيضا فيكون مشتركا ، وقيل مجازا وهو الصحيح ، لأن المجاز أولى من الاشتراك : أى لعدم احتياجه إلى تـكرر الوضع، والمشهور أن اليوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس والنهار من طلوعها إلى غروبها ولو نوى باليوم بياض النهار صدق قضاء ، لأنه نوى حقيقة كلامه فيصدق وإن كان فيه تخفيف على نفسه ذكره الزيلعى، ثم اليوم إنما يكون لمطلق الوقت فيما لايمتد إذا كان منكرا فلو عرف بأل التى للعهد الحضورى مثل لاأكلمك اليوم فإنه يكون لبياض النهار ، وتمامه فى البحر ؛

ومافى النهر من أنه لو خرج الفرع المذكور على أن الـكلام مما يمتد لاستغنى عن هـذا التقييد فيه نظر ، لأنه يقتضى دخول الليل على القول بأن الـكلام لايمتد مع أن اليوم معرف بالعهد الحضورى فـكيف يكون لغيره فالحق مافى البحر ، نعم قد يدخل الليل إذا اقترن المعرف بما يدخله كما في أمرك بيدك اليوم وغدا ، فى الجامع الصغير دخلت فيه الليلة . قال فى التلويح وليس مبنيا على أن اليوم لمطلق الوقت بل على أنه بمنزلة : أمرك بيدك يومين، وفى مثله يستتبع اسم اليوم الليلة، بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد ، فإن اليوم المنفرد لايستتبع بإزائه من الليل اهـ (قوله متى قرن بفعل ممتد الخ) المراد بالممتد مايصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق ، وبما لايمتد عكسه كالطلاق والتزوج والـكلام والعتاق والدخول والخروج بحر ، فيقال : لبست الثوب يومين ، وركبت الفرس يوما ، بخلاف قدمت يومين ودخلت ثلاثة أيام تلويح . وذكر بعض محشيه أن المراد بامتداد اللبس والركوب امتداد بقائهما مجازا والقرينة التقييد باليوم لا أصلهما أى لأن حقيقة الركوب الحركة التى يصير بها فوق الدابة واللبس جعل الثوب على بدنه وذلك غير ممتد ، وأشار الشارح بقوله يستوعب المدة إلى مافى شرح الوقاية من أن المراد امتداد يمكن أن يستوعب النهار لامطلق الامتداد ، لأنهم جعلوا التكلم من قبيل غير

كإيقاع الطلاق، فإنه لو قال: طلقتك شهرا كان ذكر المدة لغوا وتطلقك للحال (أنا منك طالق) أو برئ (ليس بشيء ولو نوى) به الطلاق (وتبين فى البائن والحرام) أى أنا منك بائن أو أنا عليك حرام (إن نوى) لأن الإبانة لإزالة الوصلة والتحريم لإزالة الحل وهما مشتركان فتصح الإضافة إليه، حتى لو لم يقل منك أو عليك لم يقع بخلاف أنت بائن أو حرام حيث يقع

الممتد، ولاشك أنه يمتد زمانا طويلا لكن لابحيث يستوعب النهار اهـ وجزم فى الهداية بأن التكلم غير ممتد. وقال فى البحر إنه الحق، وجزم الهندى فى شرح المغنى بأنه ممتد، وجعل مافى الهداية ظنا لبعض المشايخ، ورجحه أيضا فى الفتح. وعليه فلا حاجة إلى تقييد الامتداد بنهار بل هو مبنى على القول الأول كما حققه صاحب النهر والمقدسى، ويشير إليه قول التلويح: مايصح ضرب المدة له تأمل، وأشار بقوله كالأمر باليد إلى أن المراد بالفعل الممتد المظروف: أى العامل فى اليوم لا الذى أضيف إليه اليوم فإنه لاعبرة بامتداده، وعدمه عند المحققين لأنه وإن كان مظروفا أيضا لكنه ذكر لتعيين الظرف، والمقصود بذكر الظرف إنما هو إفادة وقوع العامل فيه:

وحاصله أن الصور أربع لأنه قد يكون المضاف إليه، ومظروف اليوم مما يمتد كأمرك بيدك يوم يركب زيد وقد يكونان من غير الممتد كأنت طالق يوم يقدم زيد، وفى هذين لافرق بين اعتبار المضاف إليه أو المظروف، وقد يكون المظروف ممتدا والمضاف إليه غير ممتد كأمرك بيدك يوم يقدم زيد، أو بالعكس كأنت حر يوم يركب زيد، وفى هذين يظهر الفرق، واتفقوا فيهما على اعتبار المظروف فإذا قدم زيد أوركب ليلا لايكون الأمر بيدها ولا يعتق العبد اتفاقا(١). ووقع فى كلام بعضهم أن المعتبر المضاف إليه لكنه لم يعتبره فى هذين بل اعتبره فى الأولين وقد علمت أنه لافرق فيهما بين اعتبار المضاف إليه أو المظروف، فعلى هذا لاخلاف فى الحقيقة كما فى الكشف والتلويح وغيرهما وبه يرد على من حكى الخلاف، وعلى مافى الزيلعى وشرح الوقاية من ترجيح اعتبار الممتد منهما كما فى البحر:

ثم اعلم أن ماذكر من الأصل إنما هو عند الإطلاق والخلو عن الموانع، فلا تمتنع مخالفته للقرينة، فكثيرا مايمتد الفعل مع كون اليوم لمطلق الوقت، مثل اركبوا يوم يأتيكم العدو، وأحسنوا الظن بالله يوم يأتيكم الموت، وبالعكس مثل أنت طالق يوم يصوم زيد، وأنت حر يوم تكسف الشمس، أفاده فى التلويح (قوله كإيقاع الطلاق) أشار به إلى أن قولهم: الطلاق مما لايمتد المراد به إيقاعه لاكون المرأة طالقا لأنه يمتد بل هو أمر مستمر لافائدة فى تعليق الظرف به كما أفاده صدر الشريعة. والحاصل أن المراد إنشاء الطلاق وهو لايمتد بل ينقضى بمجرد صدوره لا لأثره وهو كونها طالقا (قوله أو برىء) بخلاف أنت بريئة فإنه يقع به البائن كما يأتى فى الكنايات، أفاده ح (قوله ليس بشيء) لأن محلية الطلاق قائمة بها لا به، فالإضافة إليه إضافة إلى غير محله فيلغو نهر، ولهذا لو ملكها الطلاق فطلقته لايقع بحر (قوله أو أنا عليك حرام) الأولى وأنا بالواو كما فى بعض النسخ (قوله لأن الإبانة) أى لفظها موضوع لإزالة وصلة النكاح من البون وهو الفصل، وكذا يقال فى التحريم (قوله وهما مشتركان) بفتح الراء مبنيا للمجهول: أى الوصلة والتحريم مشتركان بين الزوجين؛ أو بكسرها مبنيا للمعلوم أى الزوجان مشتركان فى الوصلة والتحريم (قوله حتى لو لم يقل الخ) أى بأن قال أنا بائن أو أنا حرام، ثم الأولى أن يقول ولو لم يقل لأنه محترز التقييد بمنك وعليك كما فى البحر ط. ويوجد فى بعض النسخ ولو لم بدون حتى (قوله لم يقع بخلاف الخ) قال فى التبيين: والفرق أن البينونة أو الحرام إذا كان مضافا إليها تعين لإزالة مابينهما من الوصلة والحل، وإذا أضيف إليه لايتعين لجواز أن تكون له امرأة أخرى فيريد بقوله أنا بائن منها أو حرام

---

(١) (قوله لا يكون الأمر بيدها ولا يعتق العبد الخ) لعل الصواب إسقاط لا فيهما تأمل اهـ.

إذا نوى وإن لم يقل منى ، نعم لو جعل أمرها بيدها شرط قولها بائن منى ، ويقع بأبرأتك عن الزوجية بلا نية (أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتق)سيدها طلقت ثنتين (وله الرجعة) لوجود التطليق بعد الإعتاق لأنه شرط . ونقل ابن الكمال أن كلمة مع إذا أقحم بين جنسين مختلفين يحل محل الشرط .

(ولو علق) بالبناء للمجهول (عتقها وطلاقها بمجىء الغد فجاء) الغد (لا رجعة له لتعلقهما بشرط واحد (وعدتها) فى المسألتين (ثلاث حيض) احتياطا .

عليها اهـ ح (قوله إذا نوى) هذا القيد جار فى أنت حرام على أصل المذهب ، أما فى الفتوى فيقع بلانية كما يأتى فى الإيلاء اهـ ح (قوله وإن لم يقل منى) رد على ما فى خزانة الأكمل(١) لأبى عبد الله الجرجانى حيث ذكر أنه إذا لم يقل منى يكون باطلا وهو سهو ، ومحله فى الصورة المذكورة بعد كما أوضحه فى البحر عن القنية (قوله نعم الخ) قال فى البحر : والحاصل أنه إذا أضاف الحرمة أو البينونة إليها كأنت بائن أو حرام وقع من غير إضافة إليها ، وإن أضاف إلى نفسه كأنا حرام أو بائن لا يقع من غير إضافة إليها ؛ وإن خيرها فأجابت بالحرمة أو البينونة فلا بد من الجمع بين الإضافتين : أنت حرام على أنا حرام عليك أنت بائن منى أنا بائن منك (قوله بلا نية) فى حال الغضب وغيره تاترخانية . ومقتضاه أنه طلاق صريح وفيه نظر .

وفى كنايات الجوهرة أنا برىء من نكاحك يقع إن نوى ؛ وفى أنا برىء من طلاقك لا يقع لأن البراءة من الشىء ترك له اهـ (قوله لأنه شرط) لأنه علق التطليق بالإعتاق غير أنه عبر عنه بالعتق مجازا من استعارة الحكم للعلة ؛ والمعلق يوجد بعد الشرط فتطلق وهى حرة . وهذا لأن الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة .

وأورد أن كلمة مع للقران فيكون منافيا لمعنى الشرط . وأجيب بأنها قد تذكر للمتأخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه ، ومنه - إن مع العسر يسرا - وصير إليه هنا لموجب هو وجود معنى الشرط لها ، وتمامه فى النهر (قوله بين جنسين) كالطلاق والعتاق والعسر واليسر ط (قوله يحل محل الشرط) فكأنه قال إن أعتقتك فتكون مع بمعنى بعد ح (قوله ولو علق الخ) أى علق الزوج والسيد بأن قال السيد: إذا جاء الغد فأنت حرة، وقال الزوج إذا جاء الغد فأنت طالق ثنتين ط (قوله بمجىء الغد) أى مثلا إذ المدار اتحاد المعلق عليه، أفاده ط (قوله لا رجعة له) أى اتفاقا فى رواية ، وفى رواية أن عند محمد له الرجعة لأن الطلاق والعتق لما تعلقا بشرط واحد وجب أن تطلق زمان نزول الحرية فيصادفها وهى حرة لاقترانهما وجودا فلا تحرم بهما حرمة غليظة . ولهما أن زمان ثبوت العتق هو زمان ثبوت الطلاق ضرورة تعلقهما بشرط واحد . ولا خفاء أن العتق فى زمان ثبوته ليس بثابت لإطباق العقلاء على أن الشىء فى زمان ثبوته ليس بثابت فلا تصادفها التطليقتان وهى حرة ، بخلاف المسألة الأولى، لأن العتق ثمة شرط فيقع الطلاق بعده ، وتمامه فى النهر (قوله فى المسألتين) أى اتفاقا بحر عن المحيط (قوله ثلاث حيض) أى إن كانت من ذوات الحيض وإلا فثلاثة أشهر أو وضع الحمل ط (قوله احتياطا) متعلق بالمسألة الثانية فقط ح يعنى أن التعليل بالاحتياط لوجوب الاعتداد بثلاث حيض خاص بالثانية ، لأن مقتضى وقوع الطلاق عليها وهى أمة أن تكون عدتها حيضتين ولذا بانت بالطلقتين ، لكن وجبت العدة بثلاث حيض للاحتياط ، ولعل وجهه أنها وإن طلقت فى حال الرقية لكن لما أعقبه الحرية بلا مهلة وجبت العدة عليها وهى حرة ، لأن الطلاق وإن كان علة

---

(١) (خزانة الأكمل) اسم كتاب فى ست مجلدات تصنيف أبى عبد الله يوسف بن على بن محمد الجرجانى ، ونسب لأبى الليث . والصحيح أنه لهذا كذا فى تاج التراجم للعلامة قاسم اهـ منه .

(ولو) كان الزوج (مريضا لا ترث منه) لوقوعه وهى أمة فلا ترث مبسوط (أنت طالق هكذا مشيرا بالأصابع) المنشورة (وقع بعدده) بخلاف مثل هذا ، فإنه إن نوى ثلاثا وقعن وإلا فواحدة لأن الكاف للتشبيه فى الذات ومثل للتشبيه فى الصفات ، ولذا قال أبو حنيفة : إيمانى كإيمان جبريل لا مثل إيمان جبريل بحر (وتعتبر المنشورة)

لوجوب العدة والعلة مقارنة للمعلول فى الزمان لكنه متأخر عنها فى الرتبة تأمل . أما فى المسألة الأولى فوجوب الاعتداد بثلاث حيض ظاهر ، لأن وقوع الطلاق عليها بعد الإعتاق من كل وجه ، ولذا لم تبن بالطلقتين كما مر (قوله ولو كان الزوج مريضا) أى وقت التعليل (قوله لا ترث منه) إنما يظهر فى الصورة الثانية ط ، ويدل عليه التعليل . أما فى الصورة الأولى فالظاهر أنها ترث ، لأن التطليق فيها بعد الإعتاق كما مر والطلاق رجعى ، فيكون قد مات عنها وهى حرة فى عدة طلاق رجعى فترث منه (قوله لوقوعه) أى الطلاق وهى أمة أى والأمة لا ترث ، فلا يتحقق الفرار . قال فى النهر : ومقتضى ما مر عن محمد أن ترث اه أى لأن عنده يقع الطلاق عليها وهى حرة ويملك الرجعة فترث ، وهذا مؤيد لما قلنا فى الصورة الأولى (قوله المنشورة) يغنى عنه قول المصنف وتعتبر المنشورة (قوله وقع بعدده) أى بعدد ما أشار إليه من الأصابع الإشارة اللغوية أو بعدد ما أشار به منها الإشارة الحسية تأمل ، فإن أشار بثلاث فهى ثلاث أو بثنتين فثنتان أو بواحدة فواحدة كما فى الهداية . قال فى البحر : لأن هذا تشبيه بعدد المشار إليه وهو العدد المفاد كميته بالأصابع المشار إليه بذا ، لأن الهاء للتنبيه والكاف للتشبيه وذا للإشارة اه وانظر هل الإشارة إلى غير الأصابع من المعدودات كذلك أم لا لاختصاص إرادة العدد فى العادة بالأصابع تأمل (قوله بخلاف مثل هذا) أى بخلاف قوله أنت طالق مثل هذا وأشار بأصابعه الثلاث بحر (قوله وإلا فواحدة) أى بائنة كقوله أنت طالق كألف بحر عن المحيط . وبيانه مانقله أيضا عن البدائع من أنه : أى هذا اللفظ يحتمل التشبيه فى العدد أو الصفة وهى الشدة فأيهما نوى صح ، وإن لم تكن له نية يحمل على التشبيه فى الصفة لأنه أدنى اه أى إن لم ينو يحمل على أن الواقع طلقة واحدة شبيهة بالثلاث فى الشدة وهى البينونة (قوله لأن الكاف) أى فى هذا ط (قوله ولذا) أى للفرق المذكور بين الكاف ومثل ط .

مطلب فى قول الإمام إيمانى كإيمان جبريل

(قوله كإيمان جبريل) فإن الحقيقة فى الفردين واحدة وهى التصديق الجازم (قوله لا مثل إيمان جبريل) لزيادته فى الصفة من كونه عن مشاهدة فيحصل به زيادة الاطمئنان كما أشير إليه فى قوله تعالى — قال رب أرنى كيف تحيي الموتى — الآية ، وبه يحصل زيادة القرب ورفع المنزلة ، لكن مانقل عن الإمام هنا يخالفه مافى الخلاصة من قوله : قال أبو حنيفة : أكره أن يقول الرجل إيمانى كإيمان جبريل ، ولكن يقول آمنت بما آمن به جبريل اه وكذا ماقاله أبو حنيفة فى كتاب العالم والمتعلم : إن إيماننا مثل إيمان الملائكة لأنا آمنا بوحدانية الله تعالى وربوبيته وقدرته وماجاء من عند الله عز وجل بمثل ما أقرت به الملائكة وصدقت به الأنبياء والرسل ، فن ههنا إيماننا مثل إيمانهم لأنا آمنا بكل شيء آمنت به الملائكة مما عاينته من عجائب الله تعالى ولم نعاينه نحن ، ولهم بعد ذلك علينا فضائل فى الثواب على الإيمان وجميع العبادات الخ .

ولا يخفى أن بين هذه العبارات الثلاث تخالفا بحسب الظاهر . ويمكن التوفيق بحمل الأولى على العالم لأنه قال أقول إيمانى كإيمان جبريل ولا أقول مثل إيمان جبريل . والثانية على غيره لقوله : أكره أن يقول الرجل . والثالثة على ما إذا فصل ، وصرح بالمؤمن به وإن كان بلفظ المثلية لعدم الإيهام بعد التصريح ، فيجوز للعالم والجاهل ،

لا المضمومة إلا ديانة كـكف ، والمعتمد فى الإشارة فى الـكف نشر كل الأصابع . ونقل القهستانى أنه يصدق قضاء بنية الإشارة بالـكف وهى واحدة ، ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لفقد التشبيه ، ولو قال أنت هكذا مشيرا

وللعلامة ابن كمال باشا رسالة فى هذه المسألة ، هذا خلاصة مافيها (قوله كـكف) يعنى إذا نوى الـكف صدق ديانة ووقفت عليه واحدة ، لأن الـكف واحدة ح (قوله والمعتمد الخ) لم أر من صرح بهذا الاعتماد ، وكأنه فهمه من عبارة البحر ، وهو فهم فى غير محله كما تعرفه . وفى الهداية : والإشارة تقع بالمنشورة منها ، فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدّق ديانة لاقضاء ، وكذا إذا نوى الإشارة بالـكف حتى تقع فى الأولى ثنتان وفى الثانية واحدة لأنه يحتمله لـكنه خلاف الظاهر اه . قال فى غاية البيان : وأراد بالأولى نية الإشارة بالمضمومتين ، وبالثانية نيتها بالـكف ، فلا يصدق قضاء فى الصورتين ، وتطلق ثلاثا لأنه أشار إليها بأصابعه الثلاث المنشورة اه .

وفى كافى الحاكم : وإن كان يعنى بثلاث أصابع أنها واحدة ويقول إنما أشرت بالـكاف دين ولا يصدق قضاء ، فهذا صريح فى أن إرادة الـكف تصح ديانة مع الإشارة بثلاث أصابع فقط . وعبارة البحر : والإشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة للعرف وللسنة ؛ ولو نوى الإشارة بالمضمومتين صدّق ديانة لاقضاء ، وكذا لو نوى الإشارة بالـكف ، والإشارة بالـكف أن تقع الأصابع كلها منشورة ، وهذا هو المعتمد .

وهناك أقوال ذكرها فى المعراج : الأول لو جعل ظهر الـكف إلى المرأة وبطون الأصابع المنشورة إليه صدق قضاء وبالعكس لا . الثانى لو باطن كفه إلى السماء فالعبرة للنشر وإن للأرض فللضم . الثالث إن نشرا عن ضم فالعبرة للنشر ، وإن ضما عن نشر فللضم اه ملخصا . فقوله وهذا هو المعتمد راجع لقوله والإشارة تقع بالمنشورة : أى بدون تفصيل بقرينة حكايته الأقوال الثلاثة بعده ، ويدل عليه أيضا قوله فى الفتح بعد حكايته الأقوال المذكورة والمعول عليه إطلاق المصنف : أى أن العبرة للمنشورة مطلقا وليس راجعا لقوله والإشارة بالـكف أن تقع الأصابع كلها منشورة كما فهمه الشارح لما علمت ، ولما ذكرناه من أن صريح الهداية وغاية البيان وكافى الحاكم صحة إرادة الـكف ديانة مع نشر الثلاث فقط ، وما ذكره من اشتراط نشر الأصابع كلها عزاه فى الفتح إلى معراج الدراية ، ولعله قول آخر أو هو محمول على أنه حينئذ يصدق قضاء كما يشعر به كلام الفتح كما أوضحته فيما علقته على البحر ، فيوافق ما يأتى عن القهستانى ، ووجهه ظاهر ، فإن نشر الـكل قرينة على أنه لم يرد الثلاث بل الـكف . والظاهر أنه احتراز عن نشر البعض ، إذ لو ضم الـكل فهو أظهر فى إرادة الـكف دون الثلاث ، هذا ماظهر لى فى هذا المحل ، والله أعلم (قوله ونقل القهستانى الخ) قد علمت ظهور وجهه فافهم (قوله ولو لم يقل هكذا) أى بأن قال أنت طالق وأشار بثلاث أصابع ونوى الثلاث ولم يذكر باسانه فإنها تطلق واحدة خانية (قوله لفقد التشبيه) أى بالعدد . قال القهستانى لأنه كما لايتحقق الطلاق بدون اللفظ لايتحقق عدده بدونه (قوله لم أره) كذا قال فى الأشباه من أحكام الإشارة ، وجزم الخير الرملى بأنه لغو وإن نوى به الطلاق ، وقال : لأن اللفظ لايشعر به والنية لا تؤثر بغير اللفظ . قال الزيلعى فى تعليل أصل المسألة : لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد عرفا وشرعا إذا اقترنت بالاسم المبهم اه ولا طلاق هنا يشار إليه به فتأمل : وقد رأيت كما ذكرته بالعلة المذكورة فى كتب الشافعية اه كلام الرملى ملخصا .

ورأيت بخط السائحانى : مقتضى مافى الخانية من قوله ولو قال لامرأته أنت بثلاث . قال ابن الفضل : إذا نوى يقع أنه يقع هنا إذا نوى . وفيها أيضا إذا قال طالق فقيل من عنيت فقال امرأتى طلقت ؛ ولو قال أنت منى ثلاثا طلقت إن نوى أو كان فى مذاكرة الطلاق ، وإلا قالوا يخشى أن لايصدق قضاء اه وكذا نقل الرحمتى عبارة الخانية الأولى ثم قال : والظاهر أن قوله هكذا مثل قوله بثلاث اه .

ولم يقل طالق لم أره .

(ولو أشار بظهورها فالمضمومة) للعرف ، ولو كان رؤوسها نحو المخاطب فإن نشرا عن ضم فالعبرة للنشر ، وإن ضما عن نشر فالضم ابن كمال .

(و) يقع (ب)قوله (أنت طالق بائن أو البتة) وقال الشافعي : يقع رجعيا لو موطوءة (أو أفحش الطلاق أو طلاق الشيطان أو البدعة ، أو أشرّ الطلاق ،

أقول : أى لأن كلا منهما مرتبط بلفظ طالق مقدرا ، وقول الرملى إن اللفظ لايشعر به غير مسلم . ومانقله عن الزيلعى لاينافيه ، لأن المراد بالاسم المبهم لفظ هكذا المراد به العدد الذى أشير به إليه ، وسماه مبهما لكونه لم يصرح بكميته كما حققه فى النهر ،والاسم المبهم مذكور فى مسألتنا ، فيفيد العلم بعدد الطلاق المقدر الذى نواه المتكلم ، كما أن قوله بثلاث دل على عدد طلاق مقدر نواه المتكلم ،ولا فرق بينهما إلا من جهة أن العدد فى أحدهما صريح وفى الآخر غير صريح ،وهذا الفرق غير مؤثر بدليل أنه لافرق بين قوله أنت طالق هكذا مشيرا إلى الأصابع الثلاث وبين قوله أنت طالق بثلاث ، هذا ماظهرلى فافهم (قوله ولو أشار بظهورها فالمضمومة) أراد به تقييد قوله قبله وتعتبر المنشورة لا المضمومة أى تعتبر إذا أشار ببطونها ، بأن جعل باطن المنشورة إلى المرأة وظهرها إلى نفسه ، أما لو أشار بظهورها بأن جعل ظهرها إلى المرأة وباطنها إليه فالمعتبر المضمومة ، وهذا التفصيل عبر عنه فى الهداية بقيل ،وصرح فى الشرنبلالية بأنه ضعيف وقال إن المعتبر المنشورة مطلقا ،وعليه المعول ،فلا تعتبر المضمومة مطلقا قضاء للعرف والسنة ، وتعتبر ديانة كما فى التبيين والمواهب والخانية والبحر والفتح ، وقيل النشر لو عن طىّ والطىّ لو عن نشر ، وقيل إن بطن كفه إلى السماء فالمنشور وإن للأرض فالمضموم اه وكذا قدمنا عن البحر أن المعتمد الإطلاق ، وعن الفتح أنه المعوّل عليه ، فالأقوال الثلاثة المفصلة ضعيفة وإن مشى على الأول منها فى الوقاية والدرر فافهم (قوله ويقع الخ) شروع فى بيان وقوع البائن بوصف الطلاق بما ينبئ عن الشدة والزيادة نهر ، وفاعل يقع قوله الآتى واحدة بائنة (قوله البتة) مصدر بت أمره إذا قطع به وجزم نهر (قوله وقال الشافعى الخ) كان المناسب ذكره بعد قوله واحدة بائنة ،وذكره هنا لأنه محل الخلاف دون الألفاظ التى بعده كما يفيده كلام الهداية لكن كلام درر البحار وشرحه يفيد أن الخلاف فى الكل (قوله أو أفحش الطلاق) أشار به إلى كل وصف على أفعل مما يأتى لأنه للتفاوت وهو يحصل بالبينونة ، وهو أفحش من الطلاق الرجعى بحر (قوله أو طلاق الشيطان أو البدعة) إنما وقع بائنا ، لأن الرجعى سنى غالبا .

فإن قلت : قد تقدم فى الطلاق البدعى أنه لو قال أنت طالق للبدعة أو طلاق البدعة ولا نية ، فإن كان فى طهر فيه جماع أو فى حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته ، وإن كان فى طهر لاجماع فيه لايقع فى الحال حتى تحيض أو يجامعها فى ذلك الطهر .

قلت : لامنافاة بينهما ، لأن ماذكروه هنا هو وقوع الواحدة البائنة بلا نية أعم من كونه تقع الساعة أو بعد وجود شىء بحر ، لكن قال فى النهر مقتضى كلام المصنف وقوع بائنة للحال وإن لم تتصف بهذا الوصف ، لأن البدعى لم ينحصر فيما ذكره ، إذ البائن بدعى كما مر اه .

قلت : وبوقوع البائنة للحال صرح فى شرح درر البحار . ويرد عليه أيضا مافى البدائع من هذا الباب : ولو قال أنت طالق للبدعة فهى واحدة رجعية ، لأن البدعة قد تكون فى البائن ، وقد تكون فى الطلاق حالة الحيض فيقع الشك فى البينونة فلا تثبت بالشك ، وكذا إذا قال طلاق الشيطان . وروى عن أبى يوسف فى أنت طالق

أو كالجبل أو كألف ، أو ملء البيت ، أو تطليقة شديدة ، أو طويلة ، أو عريضة أو أسوأه ، أو أشده ، أو أخبثه) أو أخشنه (أو أكبره ، أو أعرضه أو أطوله ، أو أغلظه أو أعظمه واحدة بائنة) فى الكل ، لأنه وصف الطلاق بما يحتمله (إن لم ينو ثلاثا) فى الحرة وثنتين فى الأمة ، فيصح لما مر ،

للبدعة إذا نوى واحدة بائنة صح لأن لفظه يحتمل ذلك اه لكن فى الهداية ذكر أولا وقوع البائن ثم ذكر ماعن أبى يوسف ، ثم قال : وعن محمد يكون رجعيا ، فعلم أن ماذكره أولا قول الإمام وعليه المتون ، ومافى البدائع أولا قول محمد ، وما نقله فى البحر فالظاهر أنه مبنى على قول أبى يوسف لأنه لم يوقع البائن إلا بنيته ، فإذا لم ينوه فهو على التفصيل الذى ذكره فى البحر تأمل (قوله أو كالجبل) قال فى البحر : الحاصل أن الوصف بما ينبئ عن الزيادة يوجب البينونة والتشبيه كذلك أى شىء كان المشبه به كرأس إبرة وكحبة خردل وكسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة . واشترط أبو يوسف ذكر العظم مطلقا . وزفر أن يكون عظيما عند الناس ، فرأس إبرة بائن عند الأول فقط وكالجبل عند الأول والثالث فقط ، وكعظم الجبل عند الكل ، وكعظم إبرة عند الأولين . ومحمد قيل مع الأول ، وقيل مع الثانى (قوله أو كألف) لاحتمال كون التشبيه فى القوة أو فى العدد ، فإن نوى الثانى وقع الثلاث وإلا يثبت الأقل وهو البينونة ، وكذا فى مثل ألف ومثل ثلاث ، بخلاف كعدد الألف أو كعدد الثلاث فثلاث بلا نية ، وفى واحدة كألف واحدة اتفاقا وإن نوى الثلاث ، لأن الواحدة لاتحتمل الثلاث وتمامه فى البحر (قوله أو ملء البيت) وجه البينونة به أن الشىء قد يملأ البيت لعظمه فى نفسه وقد يملؤه لكثرته فأيهما نوى صحت نيته ، وعند عدمها يثبت الأقل بحر (قوله أو تطليقة شديدة الخ) لأن مايصعب تداركه يشتد عليه ويقال فيه لهذا الأمر طول وعرض وهو البائن بحر ، قيد بذكر التطليقة لأنه لو قال : أنت طالق قوية أو شديدة أو طويلة أو عريضة كان رجعيا لأنه لايصلح صفة للطلاق بل للمرأة قاله الإسبيجابى ، وبطويلة لأنه لو قال : طول كذا أو عرض كذا لم تصح نية الثلاث وإن كانت بائنة أيضا نهر (قوله أو أخشنه) بالشين المعجمة قبل النون ويرجع إلى معنى الأشدية ط (قوله أو أكبره) بالباء الموحدة ، أما أكثره بالمثناة أو المثلثة فيأتى قريبا (قوله لأنه وصف الطلاق بما يحتمله) وهو البينونة فإنه يثبت به البينونة قبل الدخول للحال ، وكذا عند ذكر المال وبعده إذا انقضت العدة بحر (قوله فيصح لما مر) أى فى أول هذا الباب من أنه مصدر يحتمل الفرد الاعتبارى ، وهو الثلاثة فى الحرة والثنتان فى الأمة فتصح نيته ، والفاء فى جواب شرط محذوف : أى فإن نوى ماذكر صح أفاده ح .

فإن قالت لم يذكر المصدر فى نحو طالق أشد الطلاق . قلت : قال فى الفتح : وإن المعنى طالق طلاقا هو أشد الطلاق لأن أفعل التفضيل بعض ما أضيف إليه ، فكان أشد معبرا به عن المصدر الذى هو الطلاق .

[تنبيه] ظاهر كلامه صحة نية الثلاث فى جميع مامر . وقال فى النهر : لكن قال العتابى : الصحيح أنها لاتصح فى تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة لأن النية إنما تعمل فى المحتمل وتطليقه بتاء الوحدة لاتحتمل الثلاث ونسبه إلى السرخسى اه ومثله فى الفتح والبحر . قلت : لكن المتون على خلافه .

وقد يجاب بأن التاء لايلزم أن تكون هنا للوحدة بل لتأنيث اللفظ أو زائدة كقولهم فى الذنب ذنبة ، وفى أمثال العرب : إذا أخذت بذنبة الضب أغضبته ذكره الزمخشرى ؛ ولو سلم أن التاء هنا للوحدة فيجاب بأنهم قد عللوا صحة نية الثلاث فى جميع مامر بأنه وصف الطلاق بالبينونة ، وهى نوعان : خفيفة وغليظة ، فإذا نوى الثانية صح ، فيقال حينئذ : إن تاء الوحدة لاتنافى إرادة البينونة الغليظة وهى مالا تحل له المرأة معها إلابزوج آخر ، فليس المراد أنه نوى بها أنت طالق ثلاث طلقات بل نوى حكم الثلاث وهو البينونة الغليظة ، ونظيره

كما لو نوى بطالق واحدة وبنحو بائن أخرى فيقع ثنتان بائنتان ؛ ولو عطف وقال وبائن أو ثم بائن ولم ينو شيئا فرجعية ؛ ولو بالفاء فبائنة ذخيرة .

(كما) يقع البائن (لو قال : أنت طالق طلقة تملكى بها نفسك) لأنها لاتملك نفسها إلا بالبائن .

ولو قال أنت طالق على أن لارجعة لى عليك له الرجعة ؛ وقيل لا جوهرة . ورجح فى البحر الثانى ؛ وخطأ من أفتى بالرجعى فى التعاليق ؛ وقول الموثقين تكون طالقا طلقة تملك بها نفسها الخ ؛

قولهم : لو نوى الثلاث بأنت بائن أو حرام فهى ثلاث ، فإن معناه لو نوى حكم الثلاث لالفظها لأن لفظ بائن وحرام لايفيد ذلك فكذلك هنا ، على أن الثلاث فرد اعتبارى ولهذا صح إرادته بالمصدر ولم تصح إرادة الثنتين به لأنهما عدد محض ، وفرديته باعتبار ماقلنا ، فلا ينافى تاء الوحده ، هذا ماظهر لى (قوله كما لو نوى) تشبيه فى الصحة ط (قوله وبنحو بائن) أى من كل كناية قرنت بطالق كما فى الفتح والبحر (قوله فيقع ثنتان بائنتان) أى على أن التركيب خبر بعد خبر ، ثم بينونة الأولى ضرورة بينونة الثانية إذ معنى الرجعى كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية ، فلا فائدة فى وصفها بالرجعية فتح (قوله ولو عطف الخ) محترز تقييد المصنف المسألة بدون عطف (قوله فرجعية) أى فهى طالق طلقة رجعية ذخيرة (قوله ولو بالفاء فبائنة) أى إذا لم ينو شيئا كما أفاده فى الذخيرة بقوله ولو عطف بالفاء وباقى المسألة بحالها ، فهى طالق طلقة بائنة اه ولعل وجه الفرق أن الفاء للتعقيب بلا مهلة ، والطلاق الذى يعقبه البينونة لايكون إلا بائنا ؛ أما الواو فلا تقتضى التعقب بل تصلح له وللتراخى الذى هو معنى ثم والطلاق الذى تتراخى عنه البينونة لايلزم كونه بائنا فيكون قوله وبائن لغوا ، ولا تحمل الواو على التعقيب لأنه عند الاحتمال يراد الأدنى وهو الرجعى هنا ، كما لايراد تكرير الإيقاع لعدم النية ؛ وانظر لم لم يتعين تكرير الإيقاع مع وجود مذاكرة الطلاق فإن الأصل فى العطف المغايرة ، فكان ينبغى وقوع بائنتين مع الواو وثم ، ومفهوم التقييد بعدم النية أنه لو نوى تكرير الإيقاع مع الحروف الثلاثة أو نوى بالبائن الثلاث أنه يقع مانوى (قوله كما لو قال الخ) يشعر كلام المصنف فى المنح أن هذا الفرع غير منقول حيث قال فإنه يقع به الطلاق البائن كما أفتى به مولانا صاحب البحر ، واستظهر له بما فى البدائع من قوله إذا وصف الطلاق بصفة تدل على البينونة كان بائنا الخ (قوله تملكى بها نفسك) حقه أن يقال تملكين لأنه مضارع مرفوع بالنون ، نعم سمع حذفها فى قول الشاعر :

أبيت أسرى وتبيتى تدلكى وجهك بالعنبر والمسك الذكى

وهو لغة خرّج عليها بعض المحققين حديث « كما تكونوا يولى عليكم » وحديث « لاتدخلوا الجنة حتى تؤمنوا ولا تؤمنوا حتى تحابوا » (قوله لأنها لاتملك نفسها إلا بالبائن) صرح به فى البدائع ، وقال أيضاً إذا وصف الطلاق بصفة تدل على البينونة كان بائنا اه وهذه الصفة بمعنى قوله أنت طالق طلقة بائنة لأن ملكها نفسها ينافى الرجعى الذى يملك هو رجعتها فيه بدون رضاها (قوله ورجح فى البحر الثانى) وذلك أنه تقدم أنه إذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة يقع به البائن عندنا . وقال الشافعى : يقع به الرجعى لأنه خلاف المشروع فيلغو كما إذا قال أنت طالق على أن لارجعة لى عليك : ورده فى الهداية بأنه وصفه بما يحتمله وبأن مسألة الرجعة ممنوعة : أى لانسلم أنه يقع فيها الرجعى بل تقع واحدة بائنة كما فى العناية والفتح وغاية البيان والتبيين . قال فى البحر : فقد علمت أن المذهب فى مسألة الرجعة وقوع البائن (قوله وخطأ) أى نسبه إلى الخطإ ، مثل فسقته نسبته إلى الفسق ، وقوله وقول الموثقين بالجر قال ح : عطف تفسير على التعاليق وهو بكسر الثاء المثلثة وهم عدول دار القاضى

لـكن فى البزازية وغيرها قال للمدخولة : إن طلقتك واحدة فهى بائنة أو ثلاث ثم طلقها يقع رجعيا ، الوصف لايسبق الموصوف ، وكذا لو قال : إن دخلت الدار فـكذا ثم قبل دخولها الدار قال جعلته بائنا أو ثلاثا لا يصح لعدم وقوع الطلاق عليها انتهى . ومفاده وقوع الطلاق الرجعى فى : متى تزوجت عليك فأنت طالق طلقة تملـكين بها نفسك ، إذ غايته مساواته لأنت بائن ، والوصف لايسبق الموصوف ، كذا حرره المصنف هنا وفى الـكنايات :

ويسمون بالشهود ، وسموا موثقين لأنهم يوثقون من يشهد ببيان أنه ثقة اه أو لأنهم يكتبون صكوك الوثائق أفاده ط :

قلت : وأصل المسألة التى ذكرها صاحب البحر . وقد ألف فيها رسالة أيضا هى : أن رجلا قال لزوجته : متى ظهر لى امرأة غيرك أو أبرأتنى [1] من مهرك فأنت طالق واحدة تملـكين بها نفسك ثم ظهر له امرأة غيرها وأبرأته من مهرها . فأجاب فيها بأنه بائن وردّ على من أفتى بأنه رجعى (قوله لكن فى البزازية الخ) انتصار لذلك المفتى . ورده الخير الرملى فى حواشى المنح بأن المعلق فى حادثة التعاليق هو الطلاق الموصوف بالبينونة . وفى مسألة البزازية : المعلق وصف البينونة فقط والموصوف لم يوجد بعد ، فهو فى مسألة التعاليق كأنه قال : إن تزوجت عليك فأنت طالق بائنا ولا قائل بمنعه تأمل اه :

والحاصل أنه فى مسألة البزازية الأولى قد علقت الصفة وحدها على وجود الموصوف ، والحـكم فى المعلق أنه لولا التعليق لوجد فى الحال ، ولا يمكن أن يوجد فى الحال بينونة طلقة غير موجودة ولا كونها ثلاثا ، لأن الوصف لايسبق موصوفه ، وكذا فى المسألة الثانية جعل الطلقة المعلقة بائنة أو ثلاثا قبل وجودها فيلزم أيضا سبق الصفة موصوفها فافهم (قوله ومفاده الخ) هذه عبارة المصنف فى الـكنايات مع بعض تغيير ، وقد علمت الفرق بين المقيسة والمقيس عليها (قوله مساواته لأنت بائن) كان حق التعبير أن يقال مساواته لهو بائن بناء على مافهمه من أنه تعليق لوصف الطلاق فقط ، وقد علمت عدم المساواة ، نعم هو مساو لأنت بائن على ماقاله صاحب البحر من أنه تعليق للموصوف وصفته معا فصار فى معنى متى تزوجت عليك فأنت بائن ، فهذا نطق بالحق بلا قصد :

[تتمة] يقع كثيرا فى كلام العوام : أنت طالق تحلى للخنازير وتحرمى علىّ ، وأفتى فى الخيرية بأنه رجعى ، لأن قوله وتحرمى علىّ إن كان للحال فخلاف المشروع لأنها لا تحرم إلا بعد انقضاء العدة ، وإن كان للاستقبال فصحيح ولا ينافى الرجعة ، وكذلك أفتى بالرجعى فى قولهم أنت طالق لايردّك قاض ولا عالم ، لأنه لايملك إخراجه عن موضوعه الشرعى . وأيده فى حواشيه على المنح بما فى الصيرفية : لو قال أنت طالق ولا رجعة لى عليك فرجعية ، ولو قال على أن لارجعة لى عليك فبائن اه وقال إن قولهم لايردك قاض الخ مثل قوله ولا رجعة لى عليك لأن حذف الواو كإثباتها كما هو ظاهر ، لامثل على أن لارجعة اه :

قلت : والفرق أن على أن لارجعة قيد للطلاق لأنه شرط فيه ، فهو فى معنى أنت طالق طلاقا مشروطا فيه عدم الرجعة : أى طلاقا بائنا ، فهو داخل تحت القاعدة من أنه إذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة يقع به البائن كما مر عن الهداية . أما ولارجعة لى عليك فليس صفة للطلاق بل هو كلام مستأنف أخبر به عما هو خلاف الشرع ، فإن الشرع هو وقوع الرجعى بأنت طالق ؛ فقوله ولا رجعة لغو ، مثل قوله : أنت طالق وبائن أو ثم بائن بلا نية كما مر ، وكذا قولهم لايردك قاض الخ ليس صفة للطلاق بل هو صفة للمرأة فلم يدخل تحت القاعدة

---

(١) (قوله أو أبراتنى) هـكذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، ولعل الظاهر إسقاط الألف .

(بخلاف) أنت طالق (أكثره) أى الطلاق (بالتاء المثناة من فوق فإنه يقع به الثلاث ، ولا يدين فى) إرادة (الواحدة) كما لو قال أكثر الطلاق أو أنت طالق مرارا أو ألوفا أو لاقليل ولا كثير فثلاث هو المختار كما فى الجوهرة :

المذكورة ؛ ومثله تحلى للخنازير وتحرمى علىّ ، وقد خفى ذلك على الرحمتى فجزم بأن هذا وما فى الصيرفية من الفرق بين المسألتين مخالف للقاعدة المذكورة ، نعم لو قصد بقوله وتحرمى علىّ إيقاع الطلاق وقع به أخرى بائنة مالم ينو به الثلاث فثلاث كما فى أنت طالق وبائن كما قدمناه ، ومثله قول العوام في زماننا أيضا : أنت طالق كلما أحلك شيخ حرّمك شيخ ، فإن مرادهم بالثانى تأبيد الحرمة ، فهو بمنزلة قوله كلما حللت لى حرمت علىّ فكلما عقد عليها بانت منه إلا أن يريد بذلك الكلام الإخبار عن الطلاق المذكور دون إنشاء التحريم ودون جعل هذه الجملة صفة للطلاق المذكور فلا تحرم أبدا ، لأنه إخبار بخلاف المشروع ، لكن العامى لايفهم ذلك ، بل الظاهر أنه يريد إنشاء تأبيد الحرمة ؛ فما وقع فى فتاوى الشيخ إسمعيل الحائك من وقوع الرجعى به فقط مرة واحدة غير ظاهر ، فاغتنم تحرير هذا المحل فإنه مما يخفى (قوله بالتاء المثناة من فوق) الظاهر أنه قيد بذلك ليعلم بالأولى ماإذا قاله بالثاء المثلثة ، وليفيد أن هذا التحريف هنا لايضر ،لأن ذلك صار لغة عامية ،وقد مر أن الطلاق يقع بالألفاظ المصحفة ، فلا يرد مااعترض به فى الخيرية على المصنف من أن هذا ذهول منه وأن المذكور فى كلامهم ضبطه بالمثلثة ، ولم نر أحدا ضبطه بالمثناة . وعبارة البحر إلا أكثره بالثاء المثلثة فإنه يقع به الثلاث ، ولا يدين إذا قال نويت واحدة (قوله ولا يدين فى إرادة الواحدة) مفهومه أنه يدين فى إرادة الثنتين . ووجهه أن أفعل التفضيل قد يراد به أصل الفعل : أى كثير الطلاق ، فكان محتمل كلامه فيصدق ديانة اهـ ح . قلت : لكن يأتى ترجيح أن الكثير ثلاث لااثنتان ، وحينئذ فلا فرق بين أكثر وكثير فافهم (قوله كما لو قال أكثر الطلاق) أى بالثاء المثلثة ، وأشار به إلى ماقلنا من أن ضبطه بالمثناة ليس للاحتراز عن المثلثة (قوله أو أنت طالق مرارا) فى البحر عن الجوهرة : لو قال أنت طالق مرارا تطلق ثلاثا إن كان مدخولا بها كذا فى النهاية اهـ .

وذكر فى البحر قبله بأكثر من ورقة عن البزازية : أنت علىّ حرام ألف مرة تقع واحدة اهـ . وما فى البزازية ذكره في الذخيرة أيضا ، وذكره الشارح آخر باب الإيلاء :

أقول : ولا يخالف مافى الجوهرة ، لأن قوله ألف مرة بمنزلة تكريره مرارا متعددة ، والواقع به فى أول مرة طلاق بائن ، ففى المرة الثانية لايقع شىء ، لأن البائن لايلحق البائن إذا أمكن جعل الثانى خبرا عن الأول ، كما فى أنت بائن أنت بائن كما يأتى بيانه فى الكنايات ، بخلاف ماإذا نوى الثلاث بأنت حرام أو بأنت بائن فإنه يصح ، لأنه لفظ واحد صالح للبينونة الصغرى والكبرى ، وقوله أنت طالق مرارا بمنزلة تكرار هذا اللفظ ثلاث مرات فأكثر ، والواقع بالأولى رجعى ، وكذا بما بعدها إلى الثالثة لأنه صريح ، والصريح يلحق الصريح مادامت فى العدة ، ولذا قيد بالمدخول بها لأن غيرها تبين بالمرة الأولى لاإلى عدة فلا يلحقها مابعدها ، فاغتنم تحرير هذا المقام فقد خفى على كثير من الأفهام (قوله أو ألوفا) جمع ألف ح أى فيقع به الثلاث ويلغو الزائد (قوله أو لاقليل الخ) عبارة الجوهرة : وإن قال أنت طالق لاقليل ولا كثير تقع ثلاثا هو المختار ، لأن القليل واحدة والكثير ثلاث ، فإذا قال أولا لاقليل فقد قصد الثلاث ثم لايعمل قوله ولاكثير بعد ذلك اهـ .

قلت : لكن فى الخلاصة والبزازية يقع الثلاث فى المختار . وقال الفقيه أبو جعفر : ثنتان فى الأشباه اهـ وذكر فى الذخيرة أن الأول اختيار الصدر الشهيد وعلله بما مر :

ولو قال : أقل الطلاق فواحدة ؛ ولو قال عامة الطلاق أو أجله أو لونين منه أو أكثر الثلاث أو كبير الطلاق فثنتان ، وكذا لا كثير ولا قليل على الأشبه مضمرات .

وفى القنية : طلقتك آخر الثلاث تطليقات فثلاث وطالق آخر ، ثلاث تطليقات فواحدة . والفرق دقيق حسن .

[فروع] يقع بأنت طالق كل التطليقة واحدة ، وكل تطليقة ثلاث ،

ثم قال : وحكى عن أبى جعفر الهندوانى أنه يقع ثنتان ، لأنه لما قال لاقليل فقد قصد إيقاع الثنتين ، لأن الثنتين كثير فلا يعمل قوله ولا كثير بعد ذلك ، وهذا القول أقرب إلى الصواب اه .

وفى الخانية أنه الأظهر اه وبه علم أنهما قولان مرجحان ، ومبناهما على الاختلاف فى الكثير .

ففى البحر عن المحيط : ولو قال أنت طالق كثيرا ذكر فى الأصل أنه يقع الثلاث ، لأن الكثير هو الثلاث وذكر أبو الليث فى الفتاوى يقع ثنتان اه .

قلت : وينبغى أرجحية القول الأول ، لأن الأصل من كتب ظاهر الرواية ، وهو مقدم على ما فى الفتاوى (قوله فواحدة) أى رجعية لعدم مايفيد البائن ، ولأن الرجعى أقل الطلاق (قوله ولو قال عامة الطلاق) إنما وقع به ثنتان لكثرة استعماله فى الغالب وغالب الطلاق ثنتان ط (قوله أو أجله) كأنه تحريف من الكاتب . والذى فى البحر جله بضم الجيم وتشديد اللام ، وكذا فى الذخيرة . وجل الشىء : معظمه ، أما الأجل فينبغى أن يكون ثلاثا رحمتى . والأحسن ماقاله ط من أنه إن نوى بالأجل الأعظم من جهة الكم فثلاث ، أو من جهة موافقته للسنة فواحدة رجعية فى طهر لاوطء فيه ولا فى حيض قبله (قوله أو لونين منه) وهما طلقتان رجعيتان ؛ ولو قال ثلاثة ألوان فثلاثة ، وكذلك لو قال ألوانا من الطلاق فثلاثة ، وإن نوى ألوان الحمرة والصفرة صح ديانة ، وكذا ضروبا أو أنواعا أو وجوها من الطلاق ذخيرة .

قلت : وينبغى فيما لو نوى ألوان الحمرة والصفرة أن يكون الواقع واحدة بائنة لما مر من أصل الإمام فيما إذا وصف الطلاق (قوله وكذا لا كثير ولا قليل) الذى فى البحر عن المحيط أنه يقع به واحدة وكذا فى الذخيرة والبزازية والخلاصة والجوهرة وغيرها ؛ فليراجع كتاب المضمرات ؛ نعم لكل وجه فوجه الواحدة أنه لما نفى الكثير أثبت القليل فلا يفيد نفيه بعد . ووجه الثنتين أن الكثير ثلاث والقليل واحدة ، فإذا نفاهما ثبت مابينهما (قوله والفرق دقيق حسن) وجه الفرق أنه أضاف الآخر إلى ثلاث معهودة ومعهوديتها بوقوعها بخلاف المنكر اه ح .

أقول : هذا بعد تسليمه إنما يتم بناء على ماذكره الشارح تبعا للبحر فى أول باب الطلاق الصريح من تعريف لفظ ثلاث فى الأولى وتنكيره فى الثانية مع أنه منكر فى الصورتين كما رأيته فى عدة كتب كالتاترخانية والهندية والذخيرة والبزازية وقد ذكر الفرق فى البزازية بأن الآخر هو الثالث ، ولا يتحقق إلا بتقدم مثليه عليه ، لكنه فى الأولى أخبر عن إيقاع الثلاث ، وفى الثانية وصف المرأة بكونها آخر الثلاث بعد الإيقاع وهى لاتوصف بذلك ، فبقى أنت طالق وبه تقع الواحدة اه . فمناط الفرق من التعبير بالفعل الماضى فى الأول واسم الفاعل فى الثانى لا من التعريف والتنكير فافهم ممكن(١) ومقتضاه أن لفظ آخر فى الثانية مرفوع خبرا ثانيا عن أنت ليصير وصفا للمرأة ؛ أما لو كان منصوبا يكون وصفا للطلاق فيساوى الصورة الأولى ، واحتمال كونه منصوبا على الظرفية خبرا ثانيا بعيد (قوله يقع بأنت طالق الخ) لأن كلا إذا أضيفت إلى معرف أفادت عموم الأجزاء ، وأجزاء الطلقة لاتزيد على طلقة ، وإذا أضيفت

---

(١) (قوله ممكن) هكذا بالأصل المقابل على خطه فليحرر .

وعدد التراب واحدة ، وعدد الرمل ثلاث ، وعدد شعر إبليس أو عدد شعر بطن كفي واحدة ، وعدد شعر ظهر كفي أو ساقي أو ساقك أو فرجك أو عدد مافي هذا الحوض من السمك وقع بعدده إن وجد وإلا لا ، لست لك بزوج أو لست لي بامرأة أو قالت له لست لي بزوج

إلى منكر أفادت عموم الأفراد اهـ ح ولذا كان قولك كل الرمان مأكول كاذبا لأن قشره لايؤكل ، بخلاف كل رمان بالتنكير ، وهذا عند الخلو عن القرائن كما حررناه في باب المسح على الخفين .

[تنبيه] ذكر في الذخيرة : لو قال كل الطلاق فواحدة وهكذا نقل عنها في البحر ، لكن في مختارات النوازل أنه يقع ثلاث .

قلت : وهو الذي يظهر ، لأن الطلاق مصدر يحتمل الثلاث ، بخلاف الطلقة على أنه ذكر في الذخيرة أيضا أنت طالق الطلاق كله فهو ثلاث ، ولا فرق يظهر بين كل الطلاق والطلاق كله تأمل (قوله وعدد التراب واحدة) قال في الفتح : ولو شبه بالعدد فيما لاعدد له فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله . فعند أبي يوسف رجعية واختاره إمام الحرمين من الشافعية ، لأن التشبيه بالعدد فيما لاعدد له لغو ولا عدد للتراب . وعند محمد يقع ثلاث وهو قول الشافعي وأحمد لأنه يراد بالعدد إذا ذكر الكثرة ، وفي قياس قول أبي حنيفة واحدة بائنة ، لأن التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة كما مر . أما لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد اهـ (قوله وعدد الرمل ثلاث) أي إجماعا كما في البحر عن الجوهرة ، وإنما كان التراب غير معدود لأنه اسم جنس إفرادي بخلاف رمل لأنه اسم جنس جمعي لايصدق على أقل من ثلاثة نهر .

وحاصله أن مادل على الماهية صادقا على القليل والكثير كالتراب والماء والعسل ، فهو اسم جنس إفرادي ، بخلاف مالا يدل على أقل من ثلاث ، وميز بين قليله وكثيره بالتاء كالرمل والتمر فهو اسم جنس جمعي والجمع ذو أفراد أقلها ثلاث فيقع بإضافة العدد إليه ثلاث (قوله وعدد شعر إبليس الخ) أي تقع واحدة لو أضافه إلى عدد مجهول النفي والإثبات أو إلى عدد معلوم النفي كالمثالين كما في الفتح ، ولم يذكر أنها بائنة أولا ، ومقتضى ماذكره في عدد التراب أنها بائنة في قياس قول أبي حنيفة ، ورجعية عند أبي يوسف ، ويدل عليه مانذكره قريبا عن المحيط من أنه يلغو ذكر العدد ويصير كأنه قال أنت طالق (قوله وقع بعدده) أي مما يقبله المحل والزائد لغو ط (قوله وإلا لا) أي وإن لم يوجد شيء من الشعر بأن أطلى بالنورة مثلا ولا وجد شيء من السمك لم يقع شيء ، وهذا صحيح في غير مسألة السمك أما فيهما فقد ذكر في الجوهرة وكذا في البحر عن الظهيرية أنه إذا لم يكن في الحوض سمك تقع واحدة فكان الصواب ذكرها مع مسألة شعر إبليس وشعر بطن كفي ه

وقد ذكر في النهر أنه علل في المحيط مسألة السمك وشعر إبليس وبطن كفي بأنه إذا لم يكن شعر ولا سمك لم يعتبر ذكر العدد بل يصير لغوا وصار كأنه قال أنت طالق اهـ .

وفي البحر عن محمد في الفرق بين مسألة ظهر كفي وقد أطلى ، ومسألة بطن كفي أنه في الأولى لايقع شيء لأنه يقع على عدد الشعور النابتة ، فإذا لم يكن عليه شعر لم يوجد الشرط ، وفي الثانية تقع واحدة لأنه لايقع على عدد الشعر اهـ .

قلت : وحاصله أن ظهر الكف ومثله الساق والفرج لما كان محل الشعر غالبا وزواله لايكون إلا بعارض صار العدد بمنزلة الشرط فلا يقع شيء عند عدمه بخلاف ما إذا كان معلوم الانتفاء كشعر بطن كفي أو مجهوله ولا يمكن علمه كشعر إبليس أو يمكن ، لكن انتفاؤه لايتوقف على عارض كسمك الحوض فلا يتوقف على وجود عدد

فقال صدقت طلاق إن نواه خلافا لهما . ولو أكد بالقسم أو سئل ألك امرأة ؟ فقال لاتطلق اتفاقا ، وإن نوى ، لأن اليمين والسؤال قرينتا إرادة النفى فيهما .

وفى الخلاصة : قيل له ألست طلقتها ؟ تطلق ببلى لابنعم . وفى الفتح : ينبغى عدم الفرق للعرف . وفى البزازية قالت له : أنا امرأتك ، فقال لها أنت طالق كان إقرارا بالنكاح ، وتطلق لاقتضاء الطلاق النكاح وضعا .

علم أنه حلف ولم يدر بطلاق أو غيره لغا ، كما لو شك أطلق أم لا .

ولو شك أطلق واحدة أو أكثر بنى على الأقل .

بل يقع الطلاق مطلقا لكن فى مسألة السمك لما أمكن وجود العدد فإذا وجد وقع بقدره (قوله طلاق إن نواه) لأن الجملة تصلح لإنشاء الطلاق كما تصلح لإنكاره فيتعين الأول بالنية وقيد بالنية لأنه لايقع بدونها اتفاقا لكونه من الكنايات ، وأشار إلى أنه لايقوم مقامها دلالة الحال ، لأن ذلك فيما يصلح جوابا فقط وهو ألفاظ ليس هذا منها ، وأشار بقوله طلاق إلى أن الواقع بهذه الكناية رجعى ، كذا فى البحر من باب الكنايات (قوله لاتطلق اتفاقا وإن نوى) ومثله قوله لم أتزوجك أو لم يكن بيننا نكاح ، أو لاحاجة لى فيك بدائع لكن فى المحيط ذكر الوقوع فى قوله لاعند سؤاله . قال : ولو قال لانكاح بيننا يقع الطلاق والأصل إن نفى النكاح أصلا لايكون طلاقا بل يكون جحودا ونفى النكاح فى الحال يكون طلاقا إذا نوى، وما عداه فالصحيح أنه على هذا الخلاف اه بحر (قوله قرينتا إرادة النفى فيهما) وذلك لأن اليمين لتأكيد مضمون الجملة الخبرية فلا يكون جوابه الأخير ، وكذا جواب السؤال والطلاق لايكون إلا إنشاء فوجب صرفه إلى الإخبار عن نفى النكاح كاذبا (قوله وفى الخلاصة الخ) عبارة الخلاصة : ألست طلقتها ووجد كذلك فى بعض النسخ كما يفيده مافى ح . قال صاحب البحر فى شرحه على المنار : وذكر فى التحقيق أن موجب نعم تصديق ماقبلها من كلام منفى أو مثبت استفهاما كان أو خبرا كما إذا قيل لك قام زيد أو أقام زيد أو لم يقم زيد فقلت نعم كان تصديقا لما قبله وتحقيقا لما بعد الهمزة ، وموجب بلى إيجاب مابعد النفى استفهاما كان أو خبرا فإذا قيل لم يقم زيد فقلت بلى كان معناه قد قام ، إلا أن المعتبر فى أحكام الشرع العرف حتى يقام كل واحد منهما مقام الآخر اه (قوله وفى الفتح الخ) عبارته : والذى ينبغى عدم الفرق فإن أهل العرف لايفرقون بل يفهمون منهما إيجاب المنفى (قوله وفى البزازية) أى فى أوائل كتاب النكاح (قوله كان إقرارا بالنكاح وتطلق) أى فإذا كان أنكره ؛ يلزمه مهرها ونفقة عدتها ؛ وترثه لو مات فى عدتها (قوله لاقتضاء الطلاق النكاح وضعا) لأن الطلاق لغة وشرعا رفع القيد الثابت بالنكاح فلابد لصحته من سبق النكاح لأن المقتضى مايقدر لصحة الكلام ، فكأنه قال نعم أنت امرأتى وأنت طالق ؛ كما قالوا فى : أعتق عبدك عنى بألف . قلت : وهذا حيث لامانع .

ففى الخلاصة من النكاح عن المنتقى قال لها ما أنت لى بزوجة وأنت طالق فليس بإقرار بالنكاح . قال فى البزازية لقيام القرينة المتقدمة على أنه ماأراد الطلاق حقيقة اه : أى لأن تصريحه بنفى الزوجية ينافى اقتضاءها فلا يكون الطلاق مرادا به حقيقة (قوله بنى على الأقل) أى كما ذكره الإسبيجابى ، إلا أن يستيقن بالأكثر أو يكون أكبر ظنه .

وعن الإمام الثانى إذا كان لايدرى أثلاث أم أقل يتحرى ؛ وإن استويا عمل بأشد ذلك عليه ؛ أشباه عن البزازية » قال ط : وعلى قول الثانى اقتصر قاضيخان ؛ ولعله لأنه يعمل بالاحتياط خصوصا فى باب الفروج اه »

قلت : ويمكن حمل الأول على القضاء والثانى على الديانة ؛ ويؤيده مسألة المتون فى باب التعليق . لو قال »

وفى الجوهرة طلق المنكوحة فاسدا ثلاثا له تزوجها بلا محلل ولم يحك خلافا .

باب طلاق غير المدخول بها

(قال لزوجته غير المدخول بها أنت طالق) يازانية (ثلاثا) فلا حدولا لعان لوقوع الثلاث عليها وهى زوجته ثم بانت بعده ، وكذا أنت طالق ثلاثا يازانية إن شاء الله تعلق الاستثناء بالوصف بزازية

إن ولدت ذكرا فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فأنت طالق ثنتين فولدتهما ولم يدر الأول تطلق واحدة قضاء وثنتين تنزها أى ديانة ء

هذا وفى الأشباه أيضا : وإن قال عزمت على أنه ثلاث يتركها وإن أخبره عدول حضروا ذلك المجلس بأنها واحدة وصدقهم أخذ بقولهم (قوله له تزوجها بلا محلل) لأن الطلاق إنما يلحق المنكوحة نكاحا صحيحا ، أو المعتدة بعدة الطلاق ، أو الفسخ بالردة ، أو الإباء عن الإسلام كما قدمناه عن البحر ح أى والمنكوحة فاسدا ليست واحدة ممن ذكر ط : أى فلا يتحقق الطلاق فى النكاح الفاسد ولا ينقص عددا لأنه متاركة كما قدمناه عن البحر والبزازية فى باب المهر عند الكلام على النكاح الفاسد ، فحيث كان متاركة لا طلاقا حقيقة كان له تزوجها بعقد صحيح بلا محلل ، ويملك عليها ثلاث طلقات ، والله تعالى أعلم .

باب طلاق غير المدخول بها

(قوله فلا حد ولا لعان الخ) أى عند الإمام بناء على أنه كلام واحد ، وأن قوله يازانية ليس بفاصل بين الطلاق والعدد ولا بين الجزاء والشرط ، فى مثل : أنت طالق يازانية إن دخلت الدار ، فيتعلق الطلاق بالدخول ويقع الثلاث فى أنت طالق يازانية ثلاثا ، ولا حد عليه لوقوع القذف وهى زوجته ، لما يأتى من أنه متى ذكر العدد كان الوقوع به ولا لعان أيضا ، لأن أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة وهو لا يصح بدون أثره ، ومثله : يازانية أنت طالق ثلاثا ، بخلاف أنت طالق ثلاثا يازانية حيث يحد كما فى لعان البحر لوقوع القذف بعد الإبانة . وعند أبى يوسف يقع فى مسألتنا واحدة وعليه الحد ، لأنه جعل القذف فاصلا فيلغو قوله ثلاثا ، وكان الوقوع بقوله أنت طالق فكان بعد الطلاق البائن لأنها غير مدخول بها فوجب الحد اهـ ح ملخصا مع زيادة (قوله لوقوع الثلاث الخ) كذا فى البزازية ، وصوابه لوقوع القذف ، ويكون الضمير فى بعده للقذف كما ظهر لك مما قررناه (قوله وكذا الخ) أى يقع الثلاث ولا حد ولا لعان كما هو مقتضى التشبيه بناء على أن المراد بالوصف ماوصفها به فى قوله يازانية وهو القذف ، فإذا انصرف الاستثناء إليه ينتفى الحد واللعان ، لأنه لم يبق قذفا منجزا وتقع الثلاث لعدم تعلقها بالاستثناء ، وهذا التقرير هو الموافق لما فى شرحه على الملتقى ، ولعبارة البزازية ونصها: أنت طالق ثلاثا يازانية إن شاء الله يقع ، وصرف الاستثناء إلى الوصف ، وكذا أنت طالق ياطالق إن شاء الله ، وكذا أنت طالق ياخبيثة إن شاء الله يصرف الاستثناء إلى الكل ولا يقع الطلاق ، كأنه قال يافلانة والأصل عنده أن المذكور فى آخر الكلام إذا كان يقع به طلاق أو يلزم به حد كقوله ياطالق يازانية فالاستثناء على الوصف ، وإن كان لا يجب به حد ولا يقع به طلاق كقوله ياخبيثة فالاستثناء على الكل اهـ لكن قوله وكذا أنت طالق ياخبيثة صوابه : ولو قال أنت طالق ياخبيثة كما عبر فى الذخيرة وغيرها لكنه تساهل لظهور المراد بذكر الأصل المذكور وقوله يقع : أى الطلاق دليل على أن المراد بالوصف القذف لا الطلاق ، وإلا لم يصح قوله وصرف الاستثناء

(وقعن) لما تقرر أنه متى ذكر العدد كان الوقوع به ، وما قيل من أنه لا يقع لنزول الآية فى الموطوءة باطل محض منشؤه الغفلة عما تقرر أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب . وحمله فى غرر الأذكار على كونها متفرقة فلا يقع إلا الأولى فقط :

إلى الوصف ، وكذا ماقرره من الأصل . وأصرح منه قوله فى الذخيرة وغيرها فالاستثناء على الآخر وهو القذف ويقع الطلاق فافهم .

ثم اعلم أن هذا الذى ذكره الشارح عن البزازية عزاه فى الذخيرة إلى النوادر وهو ضعيف ، فقد ذكر الفارسى فى شرح تلخيص الجامع أن قوله يازانية إن تخلل بين الشرط والجزاء كأنت طالق يازانية إن دخلت الدار أو بين الإيجاب والاستثناء كأنت طالق يازانية إن شاء الله لم يكن قذفا فى الأصح وإن تقدم عليهما أو تأخر عنهما كان قذفا فى الحال . وعن أبى يوسف أن المتخلل لايفصل ، فلا يتعلق الطلاق بل يقع للحال ويجب اللعان . وعن محمد يتعلق الطلاق ويجب اللعان .

وجه ظاهر الرواية أن يازانية بداء للإعلام بما يراد به فلا يفصل ، ويتعلق الطلاق بالشرط فيتعلق القذف أيضا ، لأنه أقرب إلى الشرط اه ملخصا ، فهذا تصريح بأن انصراف الاستثناء إلى الكل هو الأصح وظاهر الرواية وصرح بذلك فى الذخيرة أيضا ، ومشى عليه الشارح فى باب التعليق (قوله وقعن) جواب الشرط المقدر فى قول المتن قال لزوجته وكان الأولى للشارح ذكره عقب قوله ثلاثا (قوله لما تقرر الخ) لأن الواقع عند ذكر العدد مصدر موصوف بالعدد : أى تطليقا ثلاثا فتصير الصيغة الموضوعة لإنشاء الطلاق متوقفا حكمها عند ذكر العدد عليه بحر . قال فى الفتح : وبه اندفع قول الحسن البصرى وعطاء وجابر بن زيد : إنه يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ، ولايؤثر العدد شيئا .

ونص محمد رحمه الله تعالى قال : وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة وأثم وإن دخل بها أولم يدخل سواء بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن على وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم (قوله وماقيل الخ) رد على مانقله فى شرح المجمع عن كتاب المشكلات وأقره عليه ، حيث قال : وفى المشكلات من طلق امرأته الغير مدخول بها ثلاثا فله أن يتزوجها بلا تحليل ، وأما قوله تعالى — فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره — ففى حق المدخول بها اه .

ووجه الرد أنه مخالف للمذهب ، لأنه إما أن يريد عدم وقوع الثلاث عليها بل تقع واحدة كما هو قول الحسن وغيره وقد علمت رده أو يريد أنه لايقع شىء أصلا . وعبارة الشارح تحتمل الوجهين ، لكن كلام الدرر يعين الأول ، أو يريد وقوع الثلاث مع عدم اشتراط المحلل .

وقد بالغ المحقق ابن الهمام فى رده حيث قال فى آخر باب الرجعة لافرق فى ذلك أى اشتراط المحلل بين كون المطلقة مدخولا بها أولا لصريح إطلاق النص ، وقد وقع فى بعض الكتب أن غير المدخول بها تحل بلا زوج ، وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والإجماع لايحل لمسلم رآه أن ينقله فضلا عن أن يعتبره ، لأن فى نقله إشاعته ، وعند ذلك ينفتح باب الشيطان فى تخفيف الأمر فيه . ولا يخفى أن مثله مما لايسوغ الاجتهاد فيه لفوات شرطه من عدم مخالفة الكتاب والإجماع ، نعوذ بالله من الزيغ والضلال ، والأمر فيه من ضروريات الدين لايبعد إكفار مخالفه اه (قوله لعموم اللفظ) أى لفظ النص فإنه يعم غير المدخول بها . وفيه أن الآية صريحة فى المدخول بها لأن الطلاق ذكر فيها مفرقا وتفريقه يخصها ، ولا يكون فى غير المدخول بها إلا بتجديد النكاح ، فالأولى الاستناد إلى السنة ، وهو ما ذكر عن الإمام محمد ط (قوله وحمله فى غرر الأذكار) حيث قال :

(وإن فرق) بوصف أو خبر أو جمل بعطف أو غيره (بانت بالأولى) لا إلى عدة(و) لذا (لم تقع الثانية بخلاف الموطوءة حيث يقع الكل وعم التفريق قوله (وكذا أنت طالق ثلاثا متفرقات) أو ثنتين مع طلاقى إياك (ف) طلقها واحدة وقع (واحدة) كما لو قال نصفا وواحدة على الصحيح جوهرة .

ولو قال : واحدة ونصفا فثنتان اتفاقا لأنه جملة واحدة .

ولو قال : واحدة وعشرين أو وثلاثين فثلاث لما مر .

ولايشكل مافى المشكلات لأن المراد من قوله لاثا ثلاث طلقات متفرقات ليوافق مافى عامة كتب الحنفية اه فافهم .

قلت : يؤيد هذا الحل قوله فى المشكلات : وأما قوله تعالى — فإن طلقها — الخ فإنه ذكر فى الآية مفرقا ، فلذا أجاب عنه صاحب المشكلات بأن مافى الآية وارد فى المدخول بها فتأمل (قوله وإن فرق بوصف) نحو أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة ، أو خبر نحو : أنت طالق طالق طالق ، أو أجمل نحو : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ح ، ومثله فى شرح الملتقى (قوله بعطف) أى فى الثلاثة ، سواء كان بالواو أو الفاء أو ثم أو بل ح وسيذكر المصنف مسألة العطف منجزة ومعلقة مع تفصيل فى المعلقة (قوله أو غيره) الأولى أو دونه ط (قوله بانت بالأولى) أى قبل الفراغ من الكلام الثانى عند أبى يوسف . وعند محمد بعده لجواز أن يلحق بكلامه شرطا أو استثناء ورجح السرخسى الأول والخلاف عند العطف بالواو. وثمرته فيمن ماتت قبل فراغه من الثانى وقع عند أبى يوسف لاعند محمد وتمامه فى البحر والنهر (قوله ولذا) أى لكونها بانت لاإلى عدة ح (قوله لم تقع الثانية) المراد بها مابعد الأولى ، فيشمل الثالثة (قوله بخلاف الموطوءة) أى ولو حكما كالمختلى بها فإنها كالموطوءة فى لزوم العدة ، وكذا فى وقوع طلاق بائن آخر فى عدتها ، وقيل لايقع ، والصواب الأول كما مر فى باب المهر نظما وأوضحناه هناك (قوله حيث يقع الكل) أى فى جميع الصور المتقدمة لبقاء العدة ، ولا يصدق قضاء أنه عنى الأولى كما سيأتى فى الفروع إلا إذا قيل له ماذا فعلت فقال طلقتها أو قد قلت هى طالق ، لأن السؤال وقع عن الأول فانصرف الجواب إليه بحر (قوله أو ثنتين مع طلاقى إياك الخ) أى لأن مع هنا بمعنى بعد كما تقدم فى قوله مع عتق مولاك إياك اه ح أى فيكون الطلاق شرطا فإذا طلقها واحدة لاتقع الثنتان ، لأن الشرط قبل المشروط (قوله كما لو قال نصفا وواحدة) أى تقع واحدة لأنه غير مستعمل على هذا الوجه فلم يجعل كله كلاما واحدا ، وعزاه فى المحيط إلى محمد بحر أى لأن المستعمل عطف الكسر على الصحيح (قوله لأنه جملة واحدة) لأنه إذا أراد الإيقاع بهما ليس لها عبارة يمكن النطق بها أخصر منهما ، وكذا لو قال واحدة وأخرى وقع ثنتان لعدم استعمال أخرى ابتداء نهر .

لايقال : أنت طالق ثنتين أخصر منهما ، لأن الكلام عند إرادة الإيقاع بالصحيح والكسر وبلفظ أخرى فقد يكون فيه غرض . على أنه إن لم يكن له غرض صحيح فالعبرة للفظ ، ولفظ ثنتين لايؤدى معنى النصف ، ومعنى أخرى لغة وإن كان المراد بهما طلقة ، بخلاف أنت طالق واحدة وواحدة فإنه يغنى عنه طالق ثنتين ، فعدوله عن ثنتين إليه قرينة على إرادة التفريق ، وكذا نصفا وواحدة ، لأن نصف الطلقة فى حكم الطلقة كما مر فى محله فصار بمنزلة واحدة وواحدة . وهو من فلتفرق بقرينة العدول عن الأصل من تقديم الصحيح على الكسر فافهم (قوله لما مر) أى من قوله لأنه جملة واحدة اه ح أى لأنه أخصر مايتلفظ به إذا أراد الإيقاع بهذه الطريقة وهو مختار فى التعبير لغة اه بحر لكنه ذكر ذلك فى إحدى وعشرين لا فى واحدة وعشرين ثم نقل عن المحيط : لو قال واحدة وعشرا وقعت واحدة ، بخلاف أحد عشر فثلاث لعدم العطف ، وكذا لو قال واحدة ومائة أو واحدة وألفا

(والطلاق يقع بعدد قرن به لا به) نفسه عند ذكر العدد ، وعند عدمه الوقوع بالصيغة .
(فلو ماتت) يعم الموطوءة وغيرها (بعد الإيقاع قبل) تمام (العدد لغا) لما تقرر .
(ولو مات) الزوج أو أخذ أحد فمه قبل ذكر العدد (وقع واحدة)

أو واحدة وعشرين تقع واحدة ، لأن هذا غير مستعمل فى المعتاد ، فإنه يقال فى العادة مائة واحدة وألف وواحدة ، فلم تجعل هذه الجملة كلاما واحدا ، بل اعتبر عطفا . وقال أبو يوسف : يقع الثلاث ، لأن قوله واحدة ومائة ومائة وواحدة سواء اه . وظاهره أن قول أبى يوسف فى هذه المسائل غير المعتمد ، لكن قال فى النهر : وجزم الزيلعى به فى واحدة وعشرين يومىء إلى ترجيحه .

مطلب الطلاق يقع بعدد قرن به لا به

(قوله والطلاق يقع بعدد قرن به لا به) أى متى قرن الطلاق بالعدد كان الوقوع بالعدد بدليل ما أجمعوا عليه من أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا طلقت ثلاثا ، ولو كان الوقوع بطالق لبانت لا إلى عدة فلغا العدد ، ومن أنه لو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله لم يقع شىء ولو كان الوقوع بطالق لكان العدد فاصلا فوقع .

ثم اعلم أن الوقوع أيضا بالمصدر عند ذكره ، وكذا بالصفة عند ذكرها كما إذا قال أنت طالق البتة ، حتى لو قال بعدها إن شاء الله متصلا لا يقع ، ولو كان الوقوع باسم الفاعل لوقع ، ويدل عليه ما فى المحيط : لو قال أنت طالق للسنة أو أنت طالق بائن فماتت قبل قوله للسنة أو بأن لا يقع شىء لأنه صفة للإيقاع لا للتطليقة فيتوقف الإيقاع على ذكر الصفة وأنه لا يتصور بعد الموت اه وكذا ما فى عتق الخانية قال لعبده أنت حر البتة فمات العبد قبل البتة يموت عبدا بحر من الباب المار عند قوله أنت طالق واحدة أولا ، وقال هنا ويدخل فى العدد أصله وهو الواحد ولابد من اتصاله بالإيقاع ، ولا يضر انقطاع النفس فلو قال : أنت طالق وسكت ثم قال ثلاثا فواحدة ، ولو انقطع النفس أو أخذ إنسان فمه ثم قال ثلاثا على الفور فثلاث ، ولو قال لغير المدخولة : أنت طالق يافاطمة أو يازينب ثلاثا وقعن ، ولو قال : أنت طالق اشهدوا ثلاثة فواحدة ، ولو قال : فاشهدوا فثلاث ، كذا فى الظهيرية اه .

قلت : وحاصله أن انقطاع النفس وإمساك الفم لا يقطع الاتصال بين الطلاق وعدده ، وكذا النداء لأنه لتعيين المخاطبة ، وكذا عطف فاشهدوا بالفاء لأنها تعلق ما بعدها بما قبلها فصار الكل كلاما واحدا (قوله عند ذكر العدد) أى عند التصريح به ، فلا يكفى قصده كما يأتى فيما لو مات أو أخذ أحد فمه فافهم (قوله بعد الإيقاع) المراد به ذكر الصيغة الموضوعة للإيقاع لولا العدد (قوله قبل تمام العدد) قدر لفظ تمام تبعا للبحر احترازا عما لو قال أنت طالق أحد عشر فماتت قبل تمام العدد (قوله لغا) أى فلا يقع شىء نهر ، فيثبت المهر بتمامه ويرث الزوج منها ط (قوله لما تقرر) أى من أن الوقوع بالعدد وهى لم تكن محلا عند وقوع العدد ح أو لما تقرر من أن صدر الكلام يتوقف على آخره لوجود ما يغيره كالشرط والاستثناء ، حتى لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار أو إن شاء الله فماتت قبل الشرط أو الاستثناء لم تطلق ، لأن وجودهما يخرج الكلام عن أن يكون إيقاعا ، بخلاف : أنت طالق ثلاثا ياعمرة فماتت قبل قوله ياعمرة طلقت لأنه غير مغير ، وكذا أنت طالق وأنت طالق فماتت قبل الثانى ، لأن كل كلام عامل فى الوقوع إنما يعمل إذا صادفها وهى حية ؛ ولو قال : أنت طالق وأنت طالق إن دخلت الدار فماتت عند الأول أو الثانى لا يقع لما مر كما فى البحر عن الذخيرة (قوله أو أخذ أحد فمه) أى ولم يذكر العدد على الفور

عملا بالصيغة ، لأن الوقوع بلفظه لا بقصده .

(ولو قال) لغير الموطوءة (أنت طالق واحدة وواحدة) بالعطف (أو قبل واحدة أو بعدها واحدة يقع واحدة) بائنة ، ولا تلحقها الثانية لعدم العدة .

(وفى) أنت طالق واحدة (بعد واحدة أو قبلها واحدة أو مع واحدة أو معها واحد ثنتان) ، الأصل أنه متى أوقع بالأول لغا الثانى ، أو بالثانى اقترنا ، لأن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال .

(و) يقع (بأنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار ثنتان لو دخلت) لتعلقهما بالشرط دفعة .

عند رفع اليد عن فمه ، أما لو قال ثلاثا مثلا على الفور وقعن كما مر (قوله عملا بالصيغة) أشار إلى وجه الفرق بين موتها وموته ، وهو أن الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد فى موتها ولم يتصل فى موته ذكر العدد بلفظ الطلاق ، فبقى قوله أنت طالق وهو عامل بنفسه فى وقوع الطلاق كما فى أخذ الفم إذا لم يقل بعده شيئا حيث تقع واحدة ، أفاده فى البحر عن المعراج (قوله لأن الوقوع بلفظه لا بقصده) الضميران للزوج أو للعدد ، وعلى الأول يكون التعليل لمنطوق العلة التى قبله ، وعلى الثانى لمفهومها وهو عدم العمل بالعدد الذى قصد فافهم (قوله بالعطف) أى بالواو فتقع واحدة لأن الواو لمطلق الجمع أعم من كونه للمعية أو للتقدم أو التأخر ، فلا يتوقف الأول على الآخر إلا لو كانت للمعية وهو منتف فيعمل كل لفظ عمله ، فتبين بالأولى فلا يقع مابعدها ، ومثل الواو العطف بالفاء وثم بالأولى لاقتضاء الفاء التعقيب وثم التراخى مع الترتيب فيهما ؛ وأما بل فى أنت طالق واحدة لا بل ثنتين فكذلك لأنها باق بالأولى ، ولو كانت مدخولا بها تقع ثلاث لأنه أخبر أنه غلط فى إيقاع الواحدة ورجع عنها إلى إيقاع الثنتين بدلها فصح إيقاعهما دون رجوعه ، نعم لو قال لها : طلقتك أمس واحدة لا بل ثنتين تقع ثنتان لأنه خبر يقبل التدارك فى الغلط ، بخلاف الإنشاء بحر ملخصا (قوله أو قبل واحدة الخ) الضابط أن الظرف حيث ذكر بين شيئين إن أضيف إلى ظاهر كان صفة للأول كجاءنى زيد قبل عمرو ، وإن أضيف إلى ضمير الأول كان صفة للثانى كجاءنى زيد قبله أو بعده عمرو لأنه حينئذ خبر عن الثانى والخبر وصف للمبتدإ ، والمراد بالصفة المعنوية والمحكوم عليه بالوصفية هو الظرف فقط ، وإلا فالجملة فى قبله عمرو حال من زيد لوقوعها بعد معرفة والحال وصف لصاحبها ؛ ففى واحدة قبل واحدة أوقع الأولى قبل الثانية فبانت بها ، فلا تقع الثانية وفى بعدها ثانية كذلك لأنه وصف الثانية بالبعدية ، ولو لم يصفها بها لم تقع فهذا أولى ، وهذا فى غير المدخول بها وفى المدخول بها تقع ثنتان لوجود العدة كما يأتى (قوله ثنتان) لأنه فى واحدة بعد واحدة جعل البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الثانية قبلها ، لأن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال لامتناع الاستناد إلى الماضى فيقترنان فتقع ثنتان ، وكذا فى واحدة قبلها واحدة ، لأنه جعل القبلية صفة للثانية فاقتضى إيقاعها قبل الأولى فيقترنان ، وأما مع فللقران . فلا فرق فيها بين الإتيان بالضمير ، وإلا فاقتضى وقوعهما معا تحقيقا لمعناها (قوله متى أوقع بالأول) كما فى قبل واحدة وبعدها واحدة فإن الأولى فيهما هى الواقعة لوصفها بأنها قبل الثانية أو بأن الثانية بعدها ، وهو معنى كونها قبل الثانية فتكون الثانية متأخرة فى الصورتين فلغت (قوله أو بالثانى اقترنا) المراد بالثانى المتأخر فى إنشاء الإيقاع لا فى اللفظ وذلك كما فى بعد واحدة أو قبلها واحدة فإنه أوقع فيهما واحدة وهى الأولى الموصوفة بأنها بعد الثانية ، أو بأن الثانية قبلها ، وهو معنى كونها بعد الثانية فيقترنان . ويحتمل أن يراد بالثانى اللفظ المتأخر فإنه سابق فى الإيقاع من حيث الإخبار لتضمن الكلام الإخبار عن إيقاع الثانية قبل الأولى (قوله ويقع الخ) من عطف الخاص على العام لدخوله تحت قوله وإن فرق فكان الأولى ذكره عقبه (قوله ثنتان) أى إن اقتصر عليهما ، وإن زاد فثلاث (قوله لتعلقهما بالشرط دفعة) لأن الشرط مغير للإيقاع ، فإذا اتصل المغير توقف صدر الكلام عليه فيتعلق به كل من الطلقتين

(و) تقع (واحدة إن قدم الشرط) لأن المعلق كالمنجز .

(و) يقع (فى الموطوءة ثنتان فى كلها لوجود العدة ؛ ومن مسائل قبل وبعد ماقيل :

مايقول الفقيه أيده الله ولا زال عنده الإحسان

فى فتى علق الطلاق بشهر قبل مابعـــد قبله رمضان

وينشد على ثمانية أوجه ،فيقع بمحض قبل فى ذى الحجة ،وبمحض بعد فى جمادى الآخرة وبقبل أولا أو وسطا أو آخرا فى شوال ، وببعد كذلك فى شعبان لإلغاء الطرفين فيبقى قبله أو بعده رمضان .

معا فيقعان عند وجود الشرط كذلك ، بخلاف مالو قدم الشرط فلا يتوقف لعدم المغير (قوله وتقع واحدة إن قدم الشرط) هذا عنده ، وعندهما ثنتان أيضا ، ورجحه الكمال وأقره فى البحر ، وقوله لأن المعلق كالمنجز : أى يصير عند وجود شرطه كالمنجز ، ولو نجزه حقيقة لم تقع الثانية ، بخلاف ما إذا أخر الشرط لوجود المغير زيلعى .

[تنبيه] العطف بالفاء كالواو فتقع واحدة إن قدم الشرط اتفاقا على الأصح وتلغو الثانية ، وثنتان إن أخره وفى العطف بثم إن أخره تنجزت واحدة ولغاما بعدها ، ولو موطوءة تعلق الأخير وتنجز ماقبله ، وإن قدم الشرط لغا الثالث وتنجز الثانى وتعلق الأول ، فيقع عند الشرط بعد التزوج الثانى ، ولو موطوءة تعلق الأول وتنجز مابعده . وعندهما تعلق الكل بالشرط قدمه أو أخره إلا أن عند وجود الشرط تطلق الموطوءة ثلاثا وغيرها واحدة ، وتمامه فى البحر (قوله كلها) أى كل الصور التى ذكرها فى العطف بلا تعليق بشرط وفى قبل وبعد وفى الشرط المتقدم أو المتأخر .

مطلب فى قبل مابعد قبله رمضان

(قوله ومن مسائل قبل وبعد ماقيل) أى ماقاله بعضهم نظما من بحر الخفيف . ورأيت فى شرح المجموع للأشمونى شارح الألفية أن هذا البيت رفع للعلامة أبى عمرو بن الحاجب بأرض الشام وأفتى فيه وأبدع وقال إنه من المعانى الدقيقة التى لايعرفها أحد فى مثل هذا الزمان وإنه ينشد على ثمانية أوجه لأن مابعد « ماقد يكون قبلين أو بعدين أو مختلفين ، فهذه أربعة أوجه كل منها قد يكون قبله قبل أو بعد صارت ثمانية » والقاعدة فى الجميع أنه كلما اجتمع فيه منها قبل وبعد فالغهما ، لأن كل شهر حاصل بعد ماهو قبله وحاصل قبل ماهو بعده ، ولا يبقى حينئذ إلا بعده رمضان ، فيكون شعبان أو قبله رمضان فيكون شوالا الخ (قوله فى ذى الحجة) لأن قبله ذا القعدة ، وقبل هذا القبل شوال ، وقبل القبل القبل رمضان ط (قوله فى جمادى الآخرة) لأن بعده رجبا ؛ وبعد ذلك البعد شعبان وبعد بعد البعد رمضان ط (قوله فى شوال) صوابه فى شعبان ح أى لأن فرض المسألة أن قبلا ذكر مرة واحدة وتكرر بعد فيلغى لفظ قبل ولفظ بعد مرة ويبقى لفظ بعد الثانى هو المعتبر ؛ فيصير كأنه قال بعده رمضان وهو شعبان كما مر (قوله وببعد كذلك) أى أولا وسطا أو واسطا أو آخرا ح (قوله فى شعبان) صوابه فى شوال ح أى لنظير ماقلنا (قوله لإلغاء الطرفين) المراد بالطرفين قبل وبعد ؛ وكأنه إنما أطلق عليهما طرفين لما بينهما من التقابل ؛ وعبارة الفتح : يلغى قبل ببعد . وعبارة النهر : يلغى قبل وبعد لأن كل شهر بعد قبله وقبل بعده ؛ فيبقى قبله رمضان وهو شوال أو بعده رمضان وهو شعبان ح .

قلت : وأما مافى البحر من أن الملغى الطرفان الأولان يعنى الحالين عن الضمير سواء اختلفا أو اتفقا وفرع عليه معتبرا للأخير المضاف للضمير فقط فهو خطأ مخالف لما قرره نفسه أولا ولما قرره غيره .

(ولو قال امرأتى طالق وله امرأتان أو ثلاث تطلق واحدة منهن وله خيار التعيين) اتفاقا . وأما تصحيح الزيلعى فإنما هو فى غير الصريح كامرأتى حرام كما حرره المصنف ، وسيجىء فى الإيلاء

[تنبيه] هذا كله مبنى على أن ماملغاة لامحل لها من الإعراب ويحتمل أن تكون موصولة أو نكرة موصوفة فتكون فى محل جر بإضافة الظرف الذى قبلها إليها ؛ وفيه الأوجه الثمانية ؛ لكن أحكامها تختلف . ففى محض قبل يقع فى شوال ، وفى محض بعد فى شعبان ، وفى قبل ثم بعدين فى جمادى الآخر وفى بعد ثم قبلين فى ذى الحجة وفى الصور الأربع الباقية على عكس مامر فى إلغاء ما : أى فما وقع منها فى شوال أو فى شعبان على تقدير الإلغاء يقع بعكسه على تقدير الموصولية أو الموصوفية كما ذكره العلامة بدر الدين الغزى الشافعى . ورأيته بخطه معزيا إلى العلامة ابن الحاجب . وقال إن للسبكى فى ذلك مؤلفا . قلت : وقد أوضحت هذه المسألة فى رسالة كنت سميتها [إتحاف الذكى النبيه بجواب مايقول الفقيه] وبينت فيها المقام بما لامزيد عليه ، وخلاصة ذلك أن قوله : بشهر قبل ماقبل قبله رمضان على كون مازائدة يكون رمضان مبتدأ والظرف الأول خبر عنه وهو مضاف إلى الثانى ، لأن ما الزائدة لا تكف عن العمل نحو - فبما رحمة — وغير مارجل والثانى مضاف إلى الثالث والجملة من المبتدإ والخبر صفة شهر ، والرابط الضمير المضاف إليه الظرف الأخير ؛ والمعنى بشهر رمضان كائن قبل قبل قبله وهو ذو الحجة ، وعلى كون ماموصولة يكون الظرف الأول صفة لشهر وهو مضاف إلى الموصول والظرف الثانى المضاف إلى الثالث خبر مقدم عن رمضان والجملة صلة ما والعائد الضمير الأخير ؛ والمعنى بشهر كائن قبل الشهر الذى رمضان كائن قبل قبله ، فالشهر الذى رمضان قبل قبله هو ذو الحجة ، فالذى قبله هو شوال ، وكذا يقال على تقدير مانكرة موصوفة ، وعلى هذا القياس فى باقى الصور ، وقد نظمت جميع مامر من الصور فقلت :

خذ جوابا عقوده المرجان ... فيه عما طلبته تبيان
فجمادى الأخير فى محض بعد ... ولعكس ذو حجة إبان
ثم شوال لو تكرر قبل ... مع بعد وعكسه شعبان
الغ ضدا بضده وهو بعد ... مع قبل وما بقى الميزان
ذاك إن تلغ ما وأما إذا ما ... وصلت أو صفتها فالبيان
جاء شوال فى تمحض قبل ... ولعكس شعبان جاء الزمان
وجمادى لقبل ما بعد بعد ... فهو ثم ذو حجة لعكس أوان
وسوى ذا بعكس إلغائها افهم ... فهو تحقيق من هم الفرسان

وتوضيح ذلك فى رسالتنا المذكورة ، والحمد لله رب العالمين (قوله وأما تصحيح الزيلعى الخ) رد على صاحب الدرر حيث ذكر ماذكره المصنف وقال هو الصحيح ؛ احترازا عما قيل يقع على كل واحدة طلاق ، وعزاه إلى إيلاء الزيلعى ؛

واعترضه فى المنح بأن عبارة الزيلعى هكذا وذكر فى الفتاوى : إذا قال لامرأته أنت على حرام والحرام عنده طلاق ولكن لم ينو الطلاق وقع الطلاق ، ولو كان له أربع نسوة والمسألة بحالها تقع على كل واحدة منهن طلقة بائنة ، وقيل تطلق واحدة منهن ، وإليه البيان وهو الأظهر والأشبه .

وفى إيلاء الفتح والبحر أن فى المواضع التى يقع الطلاق بلفظ الحرام ، إن كان له أكثر من زوجة واحدة تقع على كل تطليقة واحدة ، بخلاف الصريح نحو : امرأته طالق وله أكثر من واحدة فلا تقع إلا واحدة . وأجاب الأوزجندى أنه لايقع إلا على واحدة وهو الأشبه ، وعزاه فى البحر إلى البزازية والخلاصة والذخيرة .

. . . .

وفى الفتح : الأشبه عندى مافى الفتاوى ، لأن قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة على سبيل الاستغراق كقوله هن طوالق لا البدل كإحداكن طالق ، وحيث وقع بهذا اللفظ وقع بائنا »

مطلب فيما قال : امرأته طالق وله امرأتان أو أكثر تطلق واحدة

وفى الخانية : امرأته طالق وله امرأتان معروفتان له أن يصرف الطلاق إلى أيتهما شاء ، ولم يحك خلافا فظهر أن التصحيح فى غير الصريح كحلال المسلمين ونحوه ، لكونه يعم كل زوجة لا كما زعم فى الدرر اهـ كلام المنح ملخصا ، وسيأتى فى الإيلاء عن النهر أن قول الزيلعى هنا والمسألة بحالها يعنى التحريم ، لا بقيد أنت علىّ حرام مخاطبا لواحدة ، بل يجب فيه أن لايقع إلا على المخاطبة اهـ .

أقول : والحاصل أنه لاخلاف فى : امرأته طالق أن له أن يصرفه إلى أيتهما شاء خلافا لما فى الدرر ، ولافى : أنت علىّ حرام أنه لايقع إلا على المخاطبة فقط خلافا لما يوهمه كلام الزيلعى ، وإنما الخلاف فيما يعم كل زوجة على سبيل الاستغراق ، فاختار الأوزجندى أنه لايقع إلا على واحدة فله صرفه إلى أيتهما شاء نظرا إلى أنه لفظ مفرد : واختار المحقق ابن الهمام أنه يقع على الكل لاستغراقه ، وهذا هو الظاهر ، ويدل على أن محل الخلاف ماقلنا إنه فى الذخيرة حكاه فى حلال المسلمين علىّ حرام ، وهو صريح تعليل الفتح . والظاهر أنه لاخلاف فى كل حل علىّ حرام ، لأنه بعد التصريح بأداة العموم لايمكن حمله على فرد خاص ، بخلاف العموم المستفاد من الإضافة ويظهر لى أن عدم الخلاف فى الصريح لالخصوص صراحته بل لكونه بلفظ امرأتى الذى عمومه بدلىّ : أى صادق على واحدة لابعينها أىّ واحدة كانت ، مثل قوله إحداهن طالق ، حتى لو كان الصريح بلفظ عمومه استغراقى مثل : حلال الله طالق أو من يحل لى طالق ، أو من فى عقد نكاحى طالق ، جرى فيه الخلاف المذكور وكان فيه ترجيح ابن الهمام أظهر . ويظهر من هذا أن قوله امرأتى حرام لايتأتى فيه الخلاف المذكور ، لما علمت من أن عمومه بدلى لااستغراقى فهو مثل امرأتى طالق ، وبه ظهر أن حمل الشارح تصحيح الزيلعى على امرأتى حرام غير مناسب للمقام ، وقوله كما حرره المصنف الخ فيه أنه مخالف لما قدمناه عن المصنف من قوله فظهر أن التصحيح فى غير الصريح كحلال المسلمين ونحوه لكونه يعم كل زوجة فالذى حرره المصنف هو الحمل على العام الاستغراقى كما اختاره ابن الهمام فافهم . ويظهر مما قررناه أيضا أن قوله على الطلاق كما هو الشائع فى زماننا مثل قوله امرأتى طالق ، لأن معناه كما مر إن فعلت كذا لزم الطلاق ووقع . ولا يخفى أن هذا محتمل لأن يكون المراد لزم الطلاق من امرأة أو من أكثر ولا ترجيح لأحدهما على الآخر ، فينبغى أن يثبت له صرفه إلى من شاء . وينبغى أن يكون قوله علىّ الحرام كذلك لأن معناه إن فعل كذا فامرأته حرام عليه .

[تنبيه] لافرق فى ذلك بين المعلق والمنجز ، وكذا لافرق بين حلفه مرة أو أكثر ، فله صرف الأكثر إلى واحدة . فنى البزازية عن فوائد شيخ الإسلام قال : حلال الله عليه حرام إن فعل كذا وفعله وحلف بطلاق امرأته إن فعل كذا وفعله وله امرأتان فأراد أن يصرف هذين الطلاقين فى واحدة منهما أشار فى الزيادات إلى أنه يملك ذلك اهـ لكن إذا بانت إحداهما قبل وقوع الثانى ليس له صرفه إليها .

فنى البزازية أيضا من كتاب الأيمان : إن فعلت كذا فامرأته طالق وله امرأتان أو أكثر طلقت واحدة وإليه البيان ، وإن طلق إحداهما بائنا أو رجعيا ومضت عدتها ثم وجد الشرط تعينت الأخرى للطلاق وإن كان لم تنقض العدة فالبيان إليه اهـ .

(قال لنسائه الأربع بينكن تطليقة طلقت كل واحدة تطليقة ، وكذا لو قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع ، إلا أن ينوى قسمة كل واحدة بينهن فتطلق كل واحدة ثلاثا ؛ ولو قال بينكن خمس تطليقات يقع على كل واحدة طلاقان هكذا إلى ثمان تطليقات فإن زاد عليها طلقت كل واحدة ثلاثا) ومثله قوله أشركتكن فى تطليقة خانية . وفيها (قال لامرأتين لم يدخل بواحدة منهما امرأتى طالق امرأتى طالق ثم قال أردت واحدة منهما لا يصدق ، ولو مدخولتين فله إيقاع الطلاق على إحداهما) لصحة تفريق الطلاق على المدخولة لا على غيرها .

(قال : امرأته طالق ولم يسم وله امرأة) معروفة طلقت امرأته

بقى شيء ؛ وهو مالو كان الطلاق ثلاثا فهل له أن يوقع على كل واحدة طلقة أم لا بد أن يجمع الثلاث على واحدة وعلى الأول فهل تكون كل واحدة من الثلاث بائنة لئلا يلغو وصف البينونة وهى صفة الأصل ، أو تكون رجعية نظرا للواقع .

ورأيت بخط شيخ مشايخنا السائحانى عن المنية : لو كان لرجل ثلاث نساء فقال امرأتى ثلاث تطليقات يقع ثلاث لكل واحدة . وعند أبى حنيفة لكل واحدة منهن طلاقا بائن وهو الأصح اه وفيه مخالفة لما قدمناه من أنه لاخلاف فى أن له صرفه إلى من شاء فليتأمل (قوله قال لنسائه الخ) وجه وقوع الواحدة فى هذه الصور أن بعض الطلقة طلقة كامر فيصيب كل واحدة فى إيقاع طلقة بينهن ربعها ؛ وفى طلقتين نصف طلقة ، وفى ثلاث ثلاثة أرباع طلقة ، وفى أربع طلقة كاملة (قوله فتطلق كل واحدة ثلاثا) أى إلا فى التطليقتين ، فيقع على كل واحدة منهن طلقتان ، كذا فى كافى الحاكم الشهيد ومثله فى الفتح والبحر (قوله يقع على كل واحدة طلاقان الخ) لأنه يصيب كل واحدة منهن فى الخمس طلقة وربع طلقة ، وفى الست طلقة ونصف ، وفى السبع طلقة وثلاثة أرباع ، وفى الثمان طلقتان ، وهذا حيث لانية له كما فى الكافى والفتح احترازا عما إذا نوى قسمة كل واحدة بينهن فإنه يقع على كل واحدة ثلاث (قوله ثلاثا) لأنه يصيب كل واحدة من الثمانية طلقتان وتقسم التاسعة منهن ، فيقع على كل طلقة ثالثة (قوله ومثله) أى مثل بين . قال فى الفتح : فلفظ بين ولفظ الإشراك سواء بخلاف مالو طلق امرأتين كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان اه وتمامه فيه عند قوله فى الباب السابق : ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة (قوله امرأتى طالق امرأتى طالق) مثله ، لو قال وامرأتى بالعطف كما فى الذخيرة (قوله لصحة تفريق الطلاق الخ) كذا علل فى البحر بعد نقله المسألة عن الذخيرة أى لأن المدخولة محل لإيقاع الثانية بسبب العدة ، فله إيقاع الطلاقين عليها ، بخلاف غير المدخولة لأنها بانت بالأول فلا يصدق فى إرادته لها بالثانى ، كما لو كان طلق المدخولة بائنا أو رجعيا وانقضت عدتها ، فلا تصح إرادتها بالأول ولا بالثانى كما يعلم مما نقلناه قريبا عن البزازية .

بقى ، ما إذا كانت إحداهما مدخولا بها فقط وهى فى نكاحه ، فإن أرادها بالطلاقين صح ، وإن أراد غير المدخول بها لا يصدق فى الثانى لأنها لم تبق امرأته ، بل الثانية امرأته فيقع عليها الثانى كما هو ظاهر (قوله ولم يسم) أما لو سماها باسمها فكذلك بالأولى ، ويقع على التى عناها أيضا لو كانت زوجته . قال فى البزازية : ولو قال فلانة بنت فلان طالق ثم قال أردت امرأة أخرى أجنبية بذلك الاسم والنسب لا يصدق ويقع على امرأته ، بخلاف ما إذا أقر بمال لمسمى فادعى رجل أنه هو وأنكر يصدق بالحلف ماله على هذا المال لا ما هو فلان ، وكذا لو قال زينب طالق وهو اسم امرأته ثم قال أردت به غير امرأتى لا يصدق ويقع عليهما إن كانتا زوجة له ، وكذا لو نسبها إلى أمها أو أختها أو ولدها وهى كذلك ؛ ولو حلف إن خرج من المصر فامرأته عائشة كذا واسمها فاطمة لا تطلق

استحسانا ، فإن قال: لى امرأة أخرى إياها عنيت لايقبل قوله إلا ببينة ؛ ولو كان (له امرأتان كلتاهما معروفة له صرفه إلى أيهما شاء) خانية ولم يحك خلافا .

[فروع [كرر لفظ الطلاق وقع الكل ، وإن نوى التأكيد دين .

كان اسمها طالقا أو حرة فناداها إن نوى الطلاق أو العتاق وقعا وإلا لا .

قال لامرأته : هذه الكلبة طالق طلقت ، أو لعبده هذا الحمار حر عتق .

قال : أنت طالق أو أنت حر وعنى الإخبار كذبا وقع قضاء، إلا إذا أشهد على ذلك ؛ وكذا المظلوم إذا أشهد عند استحلاف الظالم بالطلاق الثلاث أنه يحلف كاذبا صدق قضاء وديانة شرح وهبانية .

وفى النهر قال: فلانة طالق واسمها كذلك وقال عنيت غيرها دين؛ ولو غيره صدق قضاء . وعلى هذا لوحلف لدائنه بطلاق امرأته فلانة واسمها غيره لاتطلق .

إذا خرج اهـ (قوله استحسانا) كذا فى البحر عن الظهيرية ، ومثله فى الخانية ، ومقتضاه أن القياس خلافه تأمل (قوله كلتاهما معروفة) احتراز عما لو كانت إحداهما معروفة فقط وهو المسألة التى قبلها ، وأما المجهولتان فكالمعروفتين ، ثم هذه المسالة كما قال ح مكررة مع قوله ولو قال امرأتى طالق وله امرأتان أو ثلاث (قوله ولم يحك خلافا) ردّ على صاحب الدرر كما مر تقريره (قوله كرر لفظ الطلاق) بأن قال للمدخولة: أنت طالق أنت طالق أو قد طلقتك قد طلقتك أو أنت طالق قد طلقتك أو أنت طالق وأنت طالق ، وإذا قال : أنت طالق ثم قيل له ماقلت ؟ فقال: قد طلقتها أو قلت هى طالق فهى طالق واحدة لأنه جواب ، كذا فى كافى الحاكم (قوله وإن نوى التأكيد دين) أى ووقع الكل قضاء ،وكذا إذا طلق أشباه : أى بأن لم ينو استئنافا ولا تأكيدا لأن الأصل عدم التأكيد (قوله وإلا لا) أى بأن قصد النداء أو أطلق فلا يقع على المعتمد أشباه فى العاشر من مباحث النية ، وذكر قبله فى التاسع أنه فرق المحبوبى فى التلقيح بين الطلاق فلا يقع وبين العتق فيقع وهو خلاف المشهور اهـ .

قلت : وفى عبارة الأشباه قلت: لأن المحبوبى فرق بأن الحر اسم صالح للتسمية وهواسم لبعض الناس، بخلاف طالق أو مطلقة فالنداء به يقع على إثبات المعنى فتطلق ، بخلاف الحر ،ويوافقه مافى الخلاصة : أشهد أن اسم عبده حر ثم دعاه ياحر لايعتق، ولو سمى امرأته طالقا ثم دعاها ياطالق تطلق (قوله قال لامرأته هذه الكلبة طالق طلقت الخ) لما قالوا : من أنه لا تعتبر الصفة والتسمية مع الإشارة ، كما لو كان له امرأة بصيرة فقال امرأته هذه العمياء طالق وأشار إلى البصيرة تطلق ، ولو رأى شخصا ظن أنه امرأته عمرة فقال ياعمرة أنت طالق ولم يشر إلى شخصها فإذا الشخص غير امرأته تطلق، لأن المعتبر عند عدم الإشارة الاسم وقد وجد كما فى الخانية ، وقدمنا بسط الكلام على مسألة الاشارة والتسمية فى باب الإمامة (قوله وعنى الإخبار كذبا الخ) قدمنا الكلام عليه فى أول الطلاق (قوله على ذلك) أى على أنه يخبر كذبا (قوله وكذا المظلوم إذا أشهد الخ) أقول : التقييد بالإشهاد إذا كان مظلوما غير لازم ففى الأشباه : وأمانية تخصيص العام فى اليمين فمقبولة ديانة اتفاقا وقضاء عند الخصاف ، والفتوى على قوله إن كان الحالف مظلوما ، كذلك اختلفوا هل الاعتبار لنية الحالف أو المستحلف؟ والفتوى على نية الحالف إن كان مظلوما لا إن كان ظالما كما فى الولوالجية والخلاصة اهـ .

وفى حواشيه عن مآل الفتاوى: التحليف بغير الله تعالى ظلم والنية نية الحالف وإن كان المستحلف محقا (قوله أنه يحلف) متعلق بأشهد ح (قوله قال فلانة) أى زينب مثلا ، وقوله واسمها كذلك أى زينب وضمير غيره عائد إليه أفاده ح (قوله وعلى هذا الخ) أى لأن المعتبر الاسم عند عدم الإشارة كما ذكرناه آنفا ، وهذا الفرع

وقد كثر فى زماننا قول الرجل : أنت طالق على الأربعة مذاهب . قال المصنف : وينبغى الجزم بوقوعه قضاء وديانة .

ولو قال : أنت طالق فى قول الفقهاء أو فلان القاضى أو المفتى دين .

قال : نساء الدنيا أو نساء العالم طوالق لم تطلق امرأته ، بخلاف نساء المحلة والدار والبيت : وفى نساء القرية والبلدة خلاف الثانى وكذا العتق .

قالت لزوجها : طلقنى فقال فعلت طلقت ، فإن قالت زدنى فقال فعلت طلقت أخرى .

ولو قالت : طلقنى طلقنى طلقنى ، فقال طلقت فواحدة إن لم ينو الثلاث ؛ ولو عطفت بالواو فثلاث .

منقول ذكرناه قريبا عن البزازية فافهم (قوله وينبغى الجزم بوقوعه قضاء وديانة) ولا شبهة فى كونه رجعيا لا بائنا لا تفاق المذاهب كلها على وقوع الرجعى بأنت طالق ، وتمامه فى الخيرية ؛ وكذا أنت طالق على مذهب اليهود والنصارى كما أفتى به الخير الرملى أيضا . وكذا : أنت طالق لا يردك قاض ولا عالم ، أو أنت تحلى للخنازير وتحرمى على فيقع بالكل طلقة رجعية كما قدمناه قبل هذا الباب (قوله فى قول الفقهاء الخ) وكذا فى قول القضاة أو المسلمين أو القرآن فتطلق قضاء ولا تطلق ديانة إلا بالنية خانية ، لكن فى الفتح أول الطلاق : ولو قال طالق فى كتاب الله أو بكتاب الله أو معه ، فإن نوى طلاق السنة وقع فى أوقاتها وإلا وقع فى الحال ، لأن الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج إلى النية ؛ ولو قال : على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء فإن نوى السنة دين ، وفى القضاء يقع فى الحال ، لأن قول القضاة والفقهاء يقتضى الأمرين ، فإذا خصص دين ولا يسمع فى القضاء لأنه غير ظاهر اه فتأمل (قوله قال نساء الدنيا الخ) فى الأشباه عن عتق الخانية : رجل قال عبيد أهل بغداد أحرار ولم ينو عبده وهو من أهلها ، أو قال كل عبيد أهل بغداد أو كل عبد فى الأرض أو فى الدنيا قال أبو يوسف لا يعتق عبده . وقال محمد : يعتق ، وعلى هذا الخلاف الطلاق والفتوى على قول أبى يوسف ؛ ولو قال : كل عبد فى هذه السكة أو فى المسجد الجامع حر فهو على هذا الخلاف ؛ ولو قال : كل عبد فى هذه الدار وعبيده فيها عتقوا فى قولهم ، لا لو قال ولد آدم كلهم أحرار فى قولهم اه وهو صريح فى جريان الخلاف فى المحلة كالبلدة لأنها بمعنى السكة ، لكن ذكر فى الذخيرة أولا الخلاف فى : نساء أهل بغداد طالق فعند أبى يوسف ورواية عن محمد لا تطلق إلا أن ينويها ، لأن هذا أمر عام . وعن محمد أيضا تطلق بلا نية ، ثم نقل عن فتاوى سمرقند أن فى القرية اختلاف المشايخ ، منهم من ألحقها بالبيت والسكة ، ومنهم من ألحقها بالمصر اه ومقتضاه عدم الخلاف فى السكة ، ثم علل عدم الوقوع فى المصر وأهل الدنيا ، بأنه لو وقع به لكان إنشاء فى حقه فيكون إنشاء أيضا فى حقهم ، وهو متوقف على إجازتهم وهى معتذرة (قوله فقال فعلت) أى طلقت بقرينة الطلب (قوله فواحدة إن لم ينو الثلاث) أى بأن نوى الواحدة أو لم ينو شيئا لأنه بدون العطف يحتمل تكرير الأول ويحتمل الابتداء ، فأى ذلك نوى الزوج صحت نيته كذا فى عيون المسائل . وفى المنتقى أنه تقع الثلاث ولم يشترط نية الزوج ذخيرة (قوله ولو عطفت بالواو فثلاث) لأنه قرينة التكرار فيطابقه الجواب . وفى الخانية : قالت له طلقنى ثلاثا فقال فعلت ، أو قال طلقت وقعن ؛ ولو قال مجيبا لها : أنت طالق أو فأنت طالق تقع واحدة اه أى وإن نوى الثلاث .

والفرق أن طلقنى أمر بالتطليق ، وقوله طلقت تطليق فصح جوابا ، والجواب يتضمن إعادة ما فى السؤال ، بخلاف أنت طالق فإنه إخبار عن صفة قائمة بالمحل ، وإنما يثبت التطليق اقتضاء تصحيحا للوصف ، والثابت اقتضاء ضرورى فيثبت التطليق فى حق صحة هذا الوصف لا فى حق كونه جوابا فبقى أنت طالق كلاما مبتدأ وأنه لا يحتمل

ولو قالت : طلقت نفسي فأجاز طلقت اعتبارا بالإنشاء ، كذا أبنت نفسي إذا نوى ولو ثلاثا ، بخلاف الأول . وفي اخترت لايقع لأنه لم يوضع إلا جوابا .

وفي البزازية قال بين أصحابه : من كانت امرأته عليه حرام فليفعل هذا الأمر ففعله واحد منهم فهو إقرارمنه بحرمتها، وقيل لا انتهى .

وسئل أبو الليث عمن قال لجماعة : كل من له امرأة مطلقة فليصفق بيده فصفقوا فقال طلقن ، وقيل ليس هو بإقرار .

جماعة يتحدثون في مجلس فقال رجل منهم : من تكلم بعد هذا فامرأته طالق ثم تكلم الحالف طلقت امرأته لأن كلمة من للتعميم

الثلاث ، أفاده في الذخيرة (قوله اعتبارا بالإنشاء) لأنه يملك إنشاء الطلاق عليها فيملك الإجازة التي هي أضعف بالأولى شرح تلخيص الجامع للفارسي (قوله إذا نوى) صوابه إذا نويا بضمير المثنى كما هو في تلخيص الجامع . قال الفارسي في شرحه : وكذا لو قالت المرأة أبنت نفسي فقال الزوج أجزت لما قلنا، لكن بشرط نية الزوج والمرأة الطلاق وتصح هنا نية الثلاث :

أما اشتراط نية الزوج فلأن لفظ البينونة من كنايات الطلاق ، وأما نية المرأة فلم يذكر محمد في الكتاب وقالوا يجب أن يشترط حتى يقع التصرف تطليقا فيتوقف على الإجازة ، وأما بدون نيتها يقع إخبارا عن بينونة الشخص أو بينونة شيء آخر، كما لو كان من جانب الزوج فلا يحتمل الإجازة فلا يتوقف . وأما صحة نية الثلاث فلما عرف من احتمال لفظ هذه الكناية الثلاث اه (قوله بخلاف الأول) لأن قوله أجزت بمنزلة قوله طلقت فلا يحتاج إلى نية ولاتصح فيه نية الثلاث ح (قوله وفي اخترت لايقع الخ) أي لوقالت المرأة اخترت نفسي منك فقال الزوج أجزت ونوى الطلاق لايقع شيء ، لأن قولها اخترت لم يوضع للطلاق لاصريحا ولا كناية ، ولهذا لو أنشأ بنفسه فقال لها اخترتك أو اخترت نفسك ونوى الطلاق لم يقع شيء، لأنه نوى مالا يحتمله لفظه ولا عرف في إيقاع الطلاق به إلا إذا وقع جوابا لتخيير الزوج إياها في الطلاق شرح التلخيص (قوله من كانت امرأته عليه حرام) كذا في بعض النسخ برفع حرام ، والصواب ما في أكثر النسخ من النصب لأنه خبر كان (قوله فهو إقرار منه بحرمتها) عبارة البزازية قال في المحيط : فهذا إقرار منه بحرمتها عليه في الحكم اه . وأفاد قوله في الحكم أي في القضاء أنها لاتحرم ديانة إذا لم يكن حرمها من قبل ، كما لو أخبر بطلاقها كاذبا .

لايقال : إن هذه تصلح لغزا لأنه وقع الطلاق بلا لفظ أصلا لاصريح ولا كناية وبلا ردة وإباء . لأنا نقول : هذا إقرار عن تحريم منه سابق لا إنشاء طلاق في الحال بغير لفظ ، نعم يقال هذا إقرار بغير لفظ بل بالفعل ، وقد صرحوا بأن الإقرار قد يكون بالإشارة وقد يكون بلا لفظ ولا فعل كالسكوت في بعض المواضع فافهم (قوله وقيل لا) بناء على أن هذا الفعل لايكون إقرارا فافهم (قوله وسئل الخ) تأييد لما قبله وبيان لعدم الفرق بين الفعل من واحد أو أكثر وبين التحريم المفيد البائن والتطليق المفيد الرجعي (قوله طلقن) أي طلق نساء كل من المصفقين بناء على أن هذا التصفيق إقرار (قوله ثم تكلم الحالف) سكت عما إذا تكلم غيره ، والظاهر أنه لايقع لأن تعليق المتكلم لايسري حكمه إلى غيره إلا إذا قال الغير وأنا كذلك مثلا ، وأما الفرعان السابقان فجعلا من الإقرار لا الإنشاء والتعليق إنشاء ط .

قلت : يؤيده ما في أيمان البزازية جماعة كأن يصفع بعضهم بعضا فقال واحد منهم من صفع صاحبه بعده فامرأته

والحالف لايخرج نفسه عن اليمين فيحنث .

باب الكنايات

(كنايته) عند الفقهاء (مالم يوضع له) أى الطلاق (واحتمله) وغيره (ف) الكنايات (لا تطلق بها)

طالق فقال واحد «هلا» ثم صفع القائل صاحبه لايقع ، لأن هلا ليس بيمين اه وهلا كلمة فارسية (قوله والحالف لايخرج نفسه عن اليمين) أشار بهذا إلى أن دخول الحالف هنا فى عموم كلامه لقرينة إن قلنا إن المتكلم لايدخل فى عموم كلامه . وفى التحرير أن دخوله قول الجمهور ؛ والله تعالى أعلم .

باب الكنايات

لما فرغ من أحكام الصريح الذى هو الأصل فى الكلام لما أنه موضوع للإفهام والصريح أدخل فيه شرع فى الكنايات ، وهو مصدر كنايكنو إذا ستر نهر (قوله كنايته عند الفقهاء) أى كناية الطلاق المرادة فى هذا المحل وإلا فمعناها عندهم مطلقا كالأصوليين : ما استتر المراد منه فى نفسه . قال فى النهر : وخرج بالأخير ما استتر المراد فى الصريح بواسطة نحو غرابة اللفظ أو انكشف المراد فى الكناية بواسطة التفسير ، والصريح والكناية من أقسام الحقيقة والمجاز فالحقيقة التى لم تهجر صريح ، والمهجورة التى غلب معناها المجاز كناية ، والمجاز الغالب الاستعمال صريح وغير الغالب كناية اهـ ح (قوله مالم يوضع له الخ) أى بل وضع لما هو أعم منه ومن حكمه لأن ماسوى الثلاث الرجعية الآتية لم يرد به الطلاق أصلا ، بل هو حكمه من البينونة من النكاح ؛ وعليه ففى قوله واحتمله تساهل ، والمراد احتمله متعلقا لمعناه ، أفاده فى الفتح ، وأشار به إلى عدم حصرها ، ولذلك قال فى شرح الملتقى ثم ألفاظ الكناية كثيرة ترتقى إلى أكثر من خمسة وخمسين لفظا على مافى النظم والنتف وزيد غيرها فتنبه اه . ومنها عديت عنها فيقع به البائن بالنية كما أفتى به الشيخ إسمعيل الحائك ؛ قلت : ومنها أنت خالصة المستعمل فى زماننا فإنه فى معنى خلية وبرية تأمل :

وفى البزازية : قال لآخر إن كنت تضربنى لأجل فلانة التى تزوجتها فإنى تركتها فخذها ونوى الطلاق تقع واحدة بائنة ؛

[تنبيه] أفتى بعض المتأخرين بأن منها على يمين لاأفعل كذا ناويا الطلاق ، فتقع به واحدة بائنة لقولهم الكناية ما احتمل الطلاق وغيره ، ورده عصريه السيد محمد أبو السعود فى حاشية مسكين بأنه لايلزمه إلا كفارة يمين ، لأن ماذكروه فى تعريف الكناية ليس على إطلاقه ، بل هو مقيد بلفظ يصح خطابها به ويصلح لإنشاء الطلاق الذى أضمره أو للإخبار بأنه أوقعه كأنت حرام ، إذ يحتمل لأنى طلقتك أو حرام الصحبة وكذا بقية الألفاظ ، وليس لفظ اليمين كذلك إذ لايصح بأن يخاطبها بأنت يمين فضلا عن إرادة إنشاء الطلاق به أو الإخبار بأنه أوقعه حتى لو قال أنت يمين لأنى طلقتك لايصح فليس كل مااحتمل الطلاق من كنايته بل بهذين القيدين ولابد من ثالث هو كون اللفظ مسببا عن الطلاق وناشئا عنه كالحرمة فى أنت حرام ، ونقل فى البحر عدم الوقوع ، بلا أحبك لاأشتهيك لارغبة لى فيك وإن نوى . ووجهه أن معانى هذه الألفاظ ليست ناشئة عن الطلاق ، لأن الغالب الندم بعده فتنشأ المحبة والاشتهاء والرغبة ، بخلاف الحرمة ، فإذا لم يقع بهذه الألفاظ مع احتمال أن يكون المراد لأنى طلقتك ، ففى لفظ اليمين بالأولى ، ولأنهم قسموا الكناية ثلاثة أقسام كما يأتى مايصلح جوابا لسؤال الطلاق لاغير كاعتدى ، وما يصلح جوابا وردا لسؤالها كاخرجى ؛ وما يصلح جوابا وسبا كخلية ، ولاشك أن هذا اللفظ غير

قضاء (إلا بنية أودلالة الحال) وهى حالة مذاكرة الطلاق أو الغضب ،

صالح لشيء من الثلاثة لأنها إذا سألته الطلاق لايصلح جوابها بقوله عليّ يمين لأفعلن كذا لأن الجواب يكون بما يدل على إنشاء الطلاق إجابة لسؤالها كاعتدى أو على عدمه ردا لطلبها كاخرجى أو سبا لها كخلية وعليّ يمين لايدل على إنشاء الطلاق اه ملخصا مع زيادة ؛ ثم قال وبه ظهر أن مانقل عن فتاوى الطورى إذا قال أيمان المسلمين تلزمنى تطلق امرأته خطأ فاحش ، وسمعت كثيرا من شيخنا أن فتاوى الطورى كفتاوى ابن نجيم لايوثق بها إلا إذا تأيدت بنقل آخر اه .

واعترضه ط بأن عليّ يمين يحتمل الطلاق وغيره لأنه يكون به وبالله تعالى ، فحيث نوى الطلاق عملت نيته وكأنه قال عليّ الطلاق لاأفعل كذا ؛ وتقدم أن عليّ الطلاق من التعليق المعنوى . ومافى فتاوى الطورى من تخصيصه بالطلاق للعرف كحلال المسلمين عليّ حرام اه .

أقول : والحاصل أن عليّ يمين ليس كناية لمامر ، وليس صريحا أيضا لأنه مالا يستعمل إلا فى الطلاق ، وهذا ليس كذلك ، وهو ظاهر ، لكن لفظ اليمين جنس من إفراده الحلف بالطلاق ؛ فإذا عينه بالنية صار كأنه قال عليّ حلف بالطلاق لاأفعل كذا وهو لو صرح بهذا المنوى صار حالفا به والأعم إذا أريد به الأخص ثبت به حكم ذلك الأخص ؛ والأخص هنا طلاق صريح فتقع به واحدة رجعية لابائنة .

وفى أيمان البزازية من الفصل الثانى قال لى : حلف أو قال لى حلف بالطلاق أن لاأفعل كذا ثم فعل طلقت وحنث وإن كان كاذبا ، وقدمنا فى أول فصل الصريح عن جامع الفصولين إن فعلت كذا تجرى كلمة الشرع بينى وبينك ينبغى أن يصح اليمين عليّ الطلاق لأنه متعارف بينهم فيه ؛ وقدمنا هناك أيضا عن الذخيرة لو قال لها ألف نون تاء طاء ألف لام قاف إن نوى الطلاق تطلق ؛ لأن هذه الحروف يفهم منها ماهو المفهوم من الصريح إلا أنها لاتستعمل كذلك فصارت كالكناية فى الافتقار إلى النية ، فهذا يدل على أنه لو أراد باليمين الطلاق يصح ويقع به رجعية إذا حنث .

وأما أيمان المسلمين فإنه جمع يمين والإضافة إلى المسلمين قرينة على أنه أراد جميع أنواع الأيمان التى يحلف بها المسلمون كاليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق المعلقين ، وسيأتى لهذا زيادة بيان فى كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى (قوله قضاء) قيد به لأنه لايقع ديانة بدون النية ؛ ولو وجدت دلالة الحال فوقوعه بواحد من النية أو دلالة الحال إنما هو فى القضاء فقط كما هو صريح البحر وغيره (قوله أودلالة الحال) المراد بها الحالة الظاهرة المفيدة لمقصوده ومنها تقدم ذكر الطلاق بحر عن المحيط ؛ ومقتضى إطلاقه هنا كالكنز أن الكنايات كلها يقع بها الطلاق بدلالة الحال . قال فى البحر : وقد تبع فى ذلك القدورى والسرخسى فى المبسوط ؛ وخالفهما فخر الإسلام وغيره من المشايخ فقالوا بعضها لايقع بها إلا بالنية اه وأراد بهذا البعض مايحتمل الرد كاخرجى واذهبى وقومى ؛ لكن المصنف وافق المشايخ فى التفصيل الآتى فبقى الاعتراض على عبارة الكنز . وأجاب عنه فى النهر بما ذكره ابن كمال باشا فى إيضاح الإصلاح بأن صلاحية هذه الصور للرد كانت معارضة لحال مذاكرة الطلاق فلم يبق الرد دليلا ؛ فكانت الصورة المذكورة خالية عن دلالة الحال ولذلك توقف فيها على النية اه (قوله وهى حالة مذاكرة الطلاق) أشار به إلى مافى النهر من أن دلالة الحال تعم دلالة المقال . قال : وعلى هذا فتفسر المذاكرة بسؤال الطلاق أو تقديم الإيقاع كما فى اعتدى ثلاثا وقال قبله المذاكرة أن تسأله هى أو أجنبى الطلاق (قوله أو الغضب) ظاهره أنه

فالحالات ثلاث : رضا وغضب ومذاكرة ، والكنايات ثلاث مايحتمل الرد أو مايصلح للسب، أولا ولا (فنحو اخرجي واذهبي وقومي) تقنعي تخمري استتري انتقلي انطلقي اغربي اعزبي من الغربة أو من العزوبة (يحتمل ردا، ونحو خلية برية حرام

معطوف على مذاكرة فيكون من دلالة الحال (قوله فالحالات ثلاث) لما كان الغضب يقابله الرضا فهو مفهوم منه صح التفريع .

وفي الفتح : واعلم أن حقيقة التقسيم في الأحوال قسمان : حالة الرضا وحالة الغضب . وأما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لايتصور سؤالها الطلاق إلا في إحدى الحالتين لأنهما ضدان لاواسطة بينهما .

قال في البحر بعد نقله : وبه علم أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة عن قيدي الغضب والمذاكرة ، وحالة المذاكرة وحالة الغضب اه .

وفي النهر وعندي أن الأولى هو الاقتصار على حالة الغضب والمذاكرة ، إذ الكلام في الأحوال التي تؤثر فيها الدلالة مطلقا . ثم رأيته في البدائع بعد أن قسم الأحوال ثلاثة قال : ففي حالة الرضا يدين في القضاء وإن كان في حال مذاكرة الطلاق أو الغضب ، فقد قالوا إن الكنايات أقسام ثلاثة الخ . وهذا هو التحقيق اه (قوله والكنايات ثلاث الخ) حاصله أنها كله تصلح للجواب : أي إجابته لها في سؤالها الطلاق منه ، لكن منها قسم يحتمل الرد أيضا : أي عدم إجابة سؤالها ، كأنه قال لها لاتطلبي الطلاق فإني لاأفعله وقسم يحتمل السب والشتم لها دون الرد ، وقسم لايحتمل الرد ولا السب بل يتمحض للجواب كما يعلم من القهستاني وابن الكمال ، ولذا عبر بلفظ يحتمل .

وفي أبي السعود عن الحموي أن الاحتمال إنما يكون بين شيئين يصدق بهما اللفظ الواحد معا ، ومن ثم لايقال يحتمل كذا أوكذا كما نبه عليه العصام في شرح التلخيص من بحث المسند إليه (قوله فنحو اخرجي واذهبي وقومي) أي من هذا المكان لينقطع الشر فيكون ردا أو لأنه طلقها فيكون جوابا رحمتي. ولوقال: فبيعي الثوب لايقع وإن نوى عند أبي يوسف لأن معناه عرفا لأجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي ، ووافقه زفر نهر. ولو قال: اذهبي فتزوجي بالفاء أو الواو فسيأتي الكلام عليه في الفروع (قوله تقنعي تخمري استتري) أمر بأخذ القناع أي الخمار على الوجه ، ومثله تخمري وأمر بالاستتار . قال في البحر : أي لأنك بنت وحرمت علي بالطلاق أولئلا ينظر إليك أجنبي اه ، فهو على الأول جواب ، وعلى الثاني رد .

وفي البحر عن شرح قاضيخان : لوقال استتري مني خرج عن كونه كناية اه وهل المراد عدم الوقوع به أصلا أو أنه يقع بلانية : والظاهر الثاني ، وعليه فهل الواقع بائن أو رجعي. والظاهر البائن لكون قوله مني قرينة لفظية على إرادة الطلاق بمنزلة المذاكرة تأمل (قوله انتقلي انطلقي) مثل اخرجي ، وقد تقدم خ (قوله من الغربة) بالغين المعجمة والراء راجع للأول ، وقوله أو من العزوبة بالمهملة والزاي راجع للثاني ، من عزب عني فلان يعزب : أي فمعناه أيضا تباعدي ح بزيادة ففيه مافي اخرجي أيضا من الاحتمالين (قوله يحتمل ردا) أي ويصلح جوابا أيضا ولايصلح سبا ولاشتما ح (قوله خلية) بفتح الخاء المعجمة فعيلة بمعنى فاعلة : أي خالية إما عن النكاح أو عن الخير ح : أي فهو على الأول جواب ، وعلى الثاني سب وشتم ، ومثله ما يأتي (قوله برية) بالهمزة وتركه ، أي منفصلة إما عن قيد النكاح أو حسن الخلق ح (قوله حرام) من حرم الشيء بالضم حراما امتنع ، أريد بها هنا الوصف ومعناه الممنوع فيحمل على ماسبق ، وسيأتي وقوع البائن به بلا نية في زماننا للتعارف ، لافرق في ذلك بين

. . . .

محرمة وحرمتك ، سواء قال عليّ أولا أو حلال المسلمين عليّ حرام وكل حل عليّ حرام وأنت معى فى الحرام ، وفى قوله حرمت نفسى لابد أن يقول عليك ، وأورد أنه إذا وقع الطلاق بهذه الألفاظ بلانية ينبغى أن يكون كالصريح فى أعقابه الرجعية .

وأجيب بأن المتعارف إنما هو إيقاع البائن لاالرجعى ، حتى لوقال لم أنو لم يصدق ولوقال مرتين ونوى بالأولى واحدة وبالثانية ثلاثا صحت نيته عند الإمام وعليه الفتوى كما فى البزازية ح عن النهر .

قلت : لكن عبارة البزازية قال لامرأتيه أنتما على حرام ونوى الثلاث فى إحداهما والواحدة فى الأخرى صحت نيته عند الإمام ، وعليه الفتوى .

ثم اعلم أن ماذكره من الإيراد والجواب مذكور فى البزازية أيضا ، ومقتضى الجواب وقوع الرجعى به فى زماننا لأنه لم يتعارف إيقاع البائن به ، فإن العامى الجاهل الذى يحلف بقوله على الحرام لاأفعل كذا لايميز بين البائن والرجعى فضلا عن أن يكون عرفه إيقاع البائن به ، وإنما المعروف عنده أن من حنث بهذا اليمين يقع عليه الطلاق مثل قوله عليّ الطلاق لاأفعل كذا ، وقد مر أن الوقوع بقوله عليّ الطلاق إنما هو للعرف لأنه فى حكم التعليق ، وكذا عليّ الحرام وإلا فالأصل عدم الوقوع أصلا كما فى طلاقك عليّ كما قدم تقريره ، فحيث كان الوقوع بهذين اللفظين للعرف ينبغى أن يقع بهما المتعارف بلا فرق بينهما ، وإن كان الحرام فى الأصل كناية يقع بها البائن لأنه لما غلب استعماله فى الطلاق لم يبق كناية ، ولذا لم يتوقف على النية أو دلالة الحال ، ولاشىء من الكناية يقع به الطلاق بلا نية أو دلالة الحال كما صرح به فى البدائع ، ويدل على ذلك ماذكره البزازى عقب قوله فى الجواب المار إن المتعارف به إيقاع البائن لا الرجعى ، حيث قال مانصه : بخلاف فارسية قوله سرحتك وهو « رهاء كردم » لأنه صار صريحا فى العرف على ماصرح به نجم الزاهدى الخوارزمى فى شرح القدورى اهـ . وقد صرح البزازى أولا بأن : حلال الله عليّ حرام بالعربية أو الفارسية لايحتاج إلى نية ، حيث قال : ولو قال حلال «أيزدبروى» أو حلال الله عليه حرام لاحاجة إلى النية ، وهو الصحيح المفتى به للعرف وأنه يقع به البائن لأنه المتعارف ثم فرق بينه وبين سرحتك فإن سرحتك كناية لكنه فى عرف الفرس غلب استعماله فى الصريح ، فإذا قال : «رها كردم» أى سرحتك يقع به الرجعى مع أن أصله كناية أيضا ، وماذاك إلا لأنه غلب فى عرف الفرس استعماله فى الطلاق ، وقد مر أن الصريح مالم يستعمل إلا فى الطلاق من أى لغة كانت ، لكن لما غلب استعمال حلال الله فى البائن عند العرب والفرس وقع به البائن ، ولولا ذلك لوقع به الرجعى .

والحاصل أن المتأخرين خالفوا المتقدمين فى وقوع البائن بالحرام بلا نية حتى لايصدق إذا قال لم أنو لأجل العرف الحادث فى زمان المتأخرين ، فيتوقف الآن وقوع البائن به على وجود العرف كما فى زمانهم . وأما إذا تعورف استعماله فى مجرد الطلاق لابقيد كونه بائنا يتعين وقوع الرجعى به كما فى فارسية سرحتك ، ومثله ماقدمناه فى أول باب الصريح من وقوع الرجعى بقوله « سن بوش » أو « بوش » أول فى لغة الترك مع أن معناه العربى أنت خلية ، وهو كناية لكنه غلب فى لغة الترك استعماله فى الطلاق ، هذا ماظهر لفهمى القاصر ، ولم أر أحدا ذكره وهى مسألة مهمة كثيرة الوقوع فتأمل ، ثم ظهر لى بعد مدة ماعسى يصلح جوابا ، وهو أن لفظ حرام معناه عدم حل الوطء ودواعيه وذلك يكون بالإيلاء مع بقاء العقد وهو غير متعارف ، ويكون بالطلاق الرافع للعقد ، وهو قسمان : بائن ورجعى ، لكن الرجعى لايحرم الوطء فتعين البائن ، وكونه التحق بالصريح للعرف

بائن) ومرادفها كبتة بتلة (يصلح سبا، ونحو اعتدى واستبرئى رحمك ، أنت واحدة ، أنت حرة ، اختارى ، أمرك بيدك ، سرحتك ، فارقتك لايحتمل السب والرد ، ففى حالة الرضا) أى غير الغضب والمذاكرة (تتوقف الأقسام) الثلاثة تأثيرا (على نية) للاحتمال والقول له

لاينافى وقوع البائن به ، فإن الصريح قد يقع به البائن كتطليقة شديدة ونحوه : كما أن بعض الكنايات قد يقع به الرجعى ، مثل اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة .

والحاصل أنه لما تعورف به الطلاق صار معناه تحريم الزوجة وتحريمها لايكون إلا بالبائن، هذا غاية ماظهر لى فى هذا المقام ، وعليه فلا حاجة إلى ماأجاب به فى البزازية من أن المتعارف به إيقاع البائن ، لما علمت مما يرد عليه ، والله سبحانه أعلم (قوله بائن) من بان الشيء : انفصل أى منفصلة من وصلة النكاح أو عن الخير (قوله كبتة) من البت بمعنى القطع ، فيحتمل ما احتمله البائن ، وأوجب سيبويه فيه الألف واللام ، وأجاز الفراء إسقاطهما ، أو بتلة من البتل وهو الانقطاع ، وبه سميت مريم لانقطاعها عن الرجال وفاطمة الزهراء لانقطاعها عن نساء زمانها فضلا ودينا وحسبا وقيل عن الدنيا إلى ربها ، وفيه من الاحتمال مامر ح من النهر (قوله يصلح سبا) أى ويصلح جوابا أيضا ولا يصلح ردا ح ومثله فى النهر وابن الكمال والبدائع ، خلافا لما يظهر من البحر من أنه يصلح للرد أيضا (قوله اعتدى) أمر بالاعتداد الذى هو من العدة أو من العد : أى اعتدى نعمى عليك بدائع (قوله واستبرئى) أمر بتعرف براءة الرحم وهى طهارتها من الماء وأنه كناية عن الاعتداد الذى هو من العادة . ويحتمل استبرئى لأطلقك بدائع (قوله أنت واحدة) أى طالق تطليقة واحدة . ويحتمل أنت واحدة عندى أوفى قومك مدحا أو ذما ، فإذا نوى الأول فكأنه قاله .

مطلب لا اعتبار بالإعراب هنا

ولا اعتبار بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ ، وهو الأصح ، لأن العوام لايميزون بين وجوه والخواص لايلتزمونه فى مخاطبتهم بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ، ولذا ترى أهل العلم فى مجارى كلامهم لايلتزمونه ، على أن الرفع لاينافى الوقوع لاحتمال أن يريد أنت طلقة واحدة ، فجعلها نفس الطلقة مبالغة كرجل عدل ، لكن قد اعتبروا الإعراب فى الإقرار فيما لو قال له على درهم غير دانق رفعا ونصبا فيطلب الفرق ، وكأنه عملا بالاحتياط فى البابين فتدبره ، وتمامه فى النهر (قوله أنت حرة) أى لبراءتك من الرق أو من رق النكاح وأعتقتك مثل أنت حرة كما فى الفتح ، وكذا كونى حرة أو اعتقى كما فى البدائع نهر (قوله اختارى أمرك بيدك) كنايتان عن تفويض الطلاق : أى اختارى نفسك بالفراق أو فى عمل أو أمرك بيدك فى الطلاق أو فى تصرف آخر .

وفى النهر عن الحواشى السعدية : وهذا لايناسب ذكره فى هذا المقام ، ولقد وقع بسبب ذلك خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم أنه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالا نعوذ بالله من ذلك اه وقد نبه عليه الشارح عند قوله خلا اختارى ح أى حيث ذكر أنه لايقع بهما الطلاق مالم تطلق المرأة نفسها أى مع نية الزوج تفويض الطلاق لها أو دلالة الحال من غضب أو مذاكرة ، كما يأتى فى الباب الآتى ويعلم مما هنا (قوله سرحتك) من السراح بفتح السين : وهو الإرسال أى أرسلتك لأنى طلقتك أو لحاجة لى ، وكذا فارقتك لأنى طلقتك أو فى هذا المنزل نهر (قوله لايحتمل السب والرد) أى بل معناه الجواب فقط ح أى جواب طلب الطلاق أى التطليق فتح (قوله تأثيرا) تمييز محول عن الفاعل : أى يتوقف تأثير الأقسام الثلاثة على نية ط (قوله للاحتمال) لما ذكرنا من أن كل واحد

بيمينه فى عدم النية ويكفى تحليفها له فى منزله ، فإن أبى رفعته للحاكم فإن نكل فرق بينهما مجتبى .
(وفى الغضب) توقف (الأولان) إن نوى وقع وإلا لا (وفى مذاكرة الطلاق) يتوقف (الأول فقط) ويقع

من الألفاظ يحتمل الطلاق وغيره والحال لاتدل على أحدهما فيسأل عن نيته ويصدق فى ذلك قضاء بدائع .قال ط : فإن قلت : إن مايصلح جوابا ينبغى الوقوع به وإن لم تكن نية.قلت : ليس المراد بكونه جوابا أنه جواب لتحصيل الطلاق بل هو جواب لكلامها بغير السؤال ، أما إذا تكلمت بسؤال الطلاق فقد حصلت المذاكرة ، وفيها لايتوقف على النية إلا الأول كما يأتى اه .

قلت : لكنه مخالف لما ذكرناه آنفا عن الفتح من تفسيره المحتمل للجواب بأنه جواب طلب الطلاق أى التطليق فالأولى الجواب عن الإيراد بأن يقال إن نحو اعتدى يتمحض للتطليق إجابة لسؤالها أى أنه إن كان هناك سؤال الطلاق تمحض للتطليق ولا يلزم وجود سؤال الطلاق فى جميع الحالات ، لأنه قد تكون الحالة حالة رضا فقط أو حالة غضب فقط بدون سؤال الطلاق ومع ذلك لايخرج نحو اعتدى عن كونه متمحضا للجواب ، بمعنى أنه لوكان سؤال لتمحض جوابا له ولذا يقع بلا توقف على نية فى حالة الغضب المجردة عن السؤال تأمل (قوله بيمينه) فاليمين لازمة له سواء ادعت الطلاق أم لا حقاالله تعالى ط عن البحر (قوله فإن نكل) أى عند القاضى لأن النكول عند غيره لايعتبر ط (قوله توقف الأولان) أى مايصلح ردا وجوابا وما يصلح سبا وجوابا ولا يتوقف مايتعين للجواب . بيان ذلك أن حالة الغضب تصلح للرد والتبعيد وللسب والشتم كما تصلح للطلاق ، وألفاظ الأولين يحتملان ذلك أيضا فصار الحال فى نفسه محتملا للطلاق وغيره ، فإذا عنى به غيره فقد نوى مايحتمله كلامه ولا يكذبه الظاهر فيصدق فى القضاء ، بخلاف ألفاظ الأخير : أى مايتعين للجواب ، لأنها وإن احتملت الطلاق وغيره أيضا لكنها لما زال عنها احتمال الرد والتبعيد والسب والشتم اللذين احتملتهما حال الغضب تعينت الحال دالة على إرادة الطلاق فترجح جانب الطلاق فى كلامه ظاهرا ، فلايصدق فى الصرف عن الظاهر ، فلذا وقع بها قضاء بلا توقف على النية كما فى صريح الطلاق إذا نوى به الطلاق عن وثاق (قوله يتوقف الأول فقط) أى مايصلح للرد والجواب ، لأن حالة المذاكرة تصلح للرد والتبعيد كما تصلح للطلاق دون الشتم وألفاظ الأول كذلك ، فإذا نوى بها الرد لا الطلاق فقد نوى محتمل كلامه بلا مخالفة للظاهر فتوقف الوقوع على النية ، بخلاف ألفاظ الأخيرين فإنها وإن احتملت الطلاق لكنها لا تحتمل ماتحتمله المذاكرة من الرد والتبعيد ، فترجح جانب الطلاق ظاهرا فلا يصدق فى الصرف عنه فلذا وقع بها قضاء بلا نية

والحاصل أن الأول يتوقف على النية فى حالة الرضا والغضب والمذاكرة ، والثانى فى حالة الرضا والغضب فقط ويقع فى حالة المذاكرة بلا نية ، والثالث يتوقف عليها فى حالة الرضا فقط ، ويقع فى حالة الغضب والمذاكرة بلا نية وقد نظمت ذلك بقولى :

نحو اخرجى قومى اذهبى ردا يصح	خلية برية سبا صلح
واستبرئى اعتدى جوابا قد حتم	فالأول القصد له دوما لزم
والثانى فى الغضب والرضا انضبط	لا الذكر والثالث فى الرضا فقط

ورسمتها فى شباك لزيادة الإيضاح بهذه الصورة :

بالأخيرين وإن لم ينو ، لأن مع الدلالة لا يصدق قضاء فى نفى النية لأنها أقوى لكونها ظاهرة ، والنية باطنة ولذا تقبل بينتها على الدلالة لاعلى النية إلا أن تقام على إقراره بها عمادية ، ثم فى كل موضع تشترط النية فلو السؤال بهل يقع بقول نعم إن نويت ، ولو بكم يقع بقول واحدة ولا يتعرض لاشتراط النية بزازية فليحفظ .

(وتقع رجعية بقوله اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة) وإن نوى أكثر ، ولا عبرة بإعراب واحدة فى الأصح (و) يقع (بباقيها) أى باقى ألفاظ الكنايات المذكورة ، فلا يرد وقوع الرجعى ببعض الكنايات أيضا ، نحو : أنا برىء من طلاقك ،

	رد وجواب اخرجى اذهبى	سب وجواب خلية برية	جواب فقط اعتدى استبرئ
رضا	تلزم النية	تلزم النية	تلزم النية
غضب	تلزم النية	تلزم النية	يقع بلا نية
مذاكرة	تلزم النية	يقع بلا نية	يقع بلا نية

(قوله لأن مع الدلالة) اسم إن ضمير الشأن محذوف (قوله لأنها) أى الدلالة (قوله بينتها) أى المرأة (قوله على الدلالة) أى الغضب أوالمذاكرة (قوله لاعلى النية) أى لو برهنت فيما يتوقف على نية الطلاق على أنه نوى لاتقبل (قوله فلو السؤال بهل يقع) يعنى إذا قال السائل : قلت كذا هل يقع على الطلاق : يقول المفتى نعم إن نويت ح (قوله ولو بكم يقع) يعنى لو قال السائل : قلت كذا كم يقع على يقول له المفتى يقع واحدة ، ولايتعرض لاشتراط النية ، يعنى لايقول له المفتى تقع واحدة إن نويت ح (قوله وتقع رجعية) أى وإن نوى البائن ح (قوله بقوله اعتدى) لأنه من باب الإضمار : أى طلقتك فاعتدى أو اعتدى لأنى طلقتك ، فى المدخول بها يثبت الطلاق وتجب العدة ، وفى غيرها يثبت الطلاق عملا بنيته ولا تجب العدة ، كذا فى التلويح وتمامه فى النهر (قوله واستبرئى رحمك) قدمنا عن البدائع أنه كناية عن الاعتداد من العدة : فيقال فيه ماقلناه آنفا فى اعتدى (قوله وأنت واحدة) لأنه إذا نوى الطلاق صار لفظ واحدة صفة لمصدر محذوف : أى طالق طلقة واحدة ، وصريح الطلاق يعقب الرجعة والمصدر وإن احتمل نية الثلاث ، لكن التنصيص على الواحدة يمنع إرادة الثلاث (قوله فى الأصح) كذا صححه فى الهداية وغيرها ، وقدمنا الكلام عليه (قوله فلا يرد الخ) أى إذا علمت أن الضمير فى باقيها عائد إلى الألفاظ المذكورة فى المتن ، فلا يرد أن غيرها من ألفاظ الكنايات قد يقع به الرجعى من كل كناية كان فيها ذكر الطلاق ، لكن جعلها فى البحر داخلة بالأولى تحت الألفاظ الثلاثة الواقع بها الرجعى ، لأن علة وقوع الرجعى بها وجود الطلاق مقتضى أومضمرا ، فما ذكر فيها الطلاق يقع بها الرجعى بالأولى (قوله نحو أنا برىء من طلاقك) أى يقع به الرجعى إذا نوى فتح ، لكن فى الجوهرة ؛ ولو قال أنا برىء من نكاحك وقع الطلاق إذا نواه ، وإن قال أنا برىء من طلاقك لايقع شىء ، لأن البراءة من الشىء ترك له اه .

وذكر فى البزازية اختلاف التصحيح فى : برئت من طلاقك ، وجزم فى الخانية بتصحيح عدم الوقوع به لكن قال فى الفتح : وفى الخلاصة : اختلف فى برئت من طلاقك ، والأوجه عندى أن يقع بائنا لأن حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الإيقاع وهو بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الإيقاع أصلا وبذلك صار كناية ، فإذا

وخليت سبيل طلاقك ، وأنت مطلقة بالتخفيف ، وأنت أطلق من امرأة فلان ، وهى مطلقة ، وأنت ط ل ق وغير ذلك مما صرحوا به (خلا اختارى) فإن نية الثلاث لا تصح فيه أيضا ، ولا تقع به ولا بأمرك بيدك ، الم تطلق المرأة نفسها كما يأتى (البائن إن نواها أو الثنتين) لما تقرر أن الطلاق مصدر

أراد الأول وقع وصرف إلى إحدى البينونتين وهى التى دون الثلاث اه . قلت : مقتضى هذا وقوع واحدة بائنة لأن الوقوع ليس بلفظ الصريح بل بلفظ برئت تأمل (قوله وخليت سبيل طلاقك) وكذا خليت طلاقك أو تركت طلاقك ، إن نوى وقع وإلا فلا خانية (قوله بالتخفيف) أى تخفيف اللام ، أما بالتشديد فهو صريح يقع به بلا نية كما مر فى بابه (قوله وأنت أطلق من امرأة فلان) فإن كان جوابا لقولها إن فلانا طلق امرأته وقع ولا يدين لأن دلالة الحال قائمة مقام النية ؛ حتى لو لم تكن قائمة لم يقع إلا بالنية نهر فى باب الصريح عن الخلاصة فليس من الصريح وإلا لم يتوقف على النية ، وعلله فى الفتح بأن أفعل التفضيل ليس صريحا فافهم (قوله وهى مطلقة) أى والحال أن امرأة فلان مطلقة وإلا فلا يقع ، وهذا القيد ذكره فى البحر ، لكن فى الفتح فى أول باب الصريح أنه لا فرق بين كونها مطلقة أولا . قال : والمعنى عند عدم كونها مطلقة لأجل فلانة ، يعنى أن من فى قوله من امرأة فلان للتعليل (قوله وأنت ط ل ق) قدمنا فى باب الصريح عن الذخيرة تعليله بأن هذه الحروف يفهم منها ماهو المفهوم من صريح الكلام إلا أنها لا تستعمل كذلك ، فصارت كالكناية فى الافتقار إلى النية (قوله وغير ذلك الخ) مثل الطلاق عليك ، وهبتك طلاقك ، بعتك طلاقك ، إذا قالت اشتريت من غير بدل خذى طلاقك ، أقرضتك طلاقك ، قد شاء الله طلاقك أو قضاه ، أو شئت ؛ فى الكل يقع بالنية رجعى كما فى الفتح . زاد فى البحر : الطلاق لك أو عليك ، أنت طال بحذف الآخر ، لست لى بامرأة وما أنا لك بزوج ، أعرتك طلاقك ، ويصير الأمر بيدها على مافى المحيط اه ومثله طلقك الله وهو الحق ، خلافا لمن قال لا تشترط له النية كما قدمه الشارح فى باب الصريح ، لكن قدمنا هناك تصحيح عدم اشتراط النية فى خذى طلاقك فهو من الصريح وأما ماقيل من أن من الصريح أيضا فى الأصح أعرتك طلاقك ووهبته لك وشئت طلاقك ، فقدمنا تصحيح خلافه هناك فافهم ، وقدم الشارح هناك أن أنت طال إن بالكسر لا يتوقف على النية وإلا توقف ، وقدمنا الكلام عليه ثمة .

وذكر فى الفتح هناك : لو قال أنت بثلاث وقعت ثلاث إن نوى لأنه محتمل لفظه ، ولو قال لم أنو لا يصدق إذا كان فى حال مذاكرة الطلاق لأنه لا يحتمل الرد وإلا صدق (قوله خلا اختارى) استثناء من قوله وبباقيها بالنظر إلى قوله الآتى وثلاث إن نواه ، ولو أخره بعده بأن يقول وثلاث إن نواه إلا فى اختارى لكان أولى ط (قوله لاتصح فيه أيضا) أى كما لاتصح نية الثلاث فى الألفاظ الثلاثة السابقة ط (قوله مالم تطلق المرأة نفسها) أى مع نية الزوج الطلاق أو دلالة الحال لأن ذلك كناية إيقاع كما يأتى فى الباب الآتى (قوله البائن) بالرفع فاعل يقع فى قوله ويقع بباقيها (قوله إن نواها) أى نوى الواحدة وليس الضمير للبائن ، وأنثه لكونه بمعنى الطلقة لأن وقوع البائن لا يتوقف على نيته ، وقوله أو الثنتين عطف على الهاء .

وحاصله أنه إذا نوى الواحدة أو الثنتين لا تقع إلا واحدة حتى لو طلق الحرة واحدة ثم أبانها ونوى ثنتين كانت واحدة ، ولو نوى الثلاث وقعن لحصول البينونة فى حقها بالثنتين وبالواحدة السابقة بحر عن المحيط ، وتقدم فى باب الصريح أن مافى الجوهرة سهو ، وقدمنا الكلام عليه (قوله لما تقرر أن الطلاق مصدر) فيه أن ألفاظ الكنايات سوى الثلاثة السابقة غير متضمنة للفظ الطلاق ، لأنها كناية عما هو أعم منه ومن حكمه لأنها لم يرد بها الطلاق أصلا

لايحتمل محض العدد (وثلاث إن نواه) للواحدة الجنسية ولذا صح فى الأمة نية الثنتين (قال اعتدى ثلاثا ونوى بالأول طلاقا وبالباق حيضا صدق) قضاء لنيته حقيقة كلامه (وإن لم ينو به) أى بالباق (شيئا فثلاث) لدلالة الحال بنية الأول ؛ حتى لو نوى بالثانى فقط فثنتان أو بالثالث فواحدة ، ولو لم ينو بالكل لم يقع ، وأقسامها أربعة وعشرون ذكرها الكمال ؛ ويزاد لو نوى بالكل واحدة

بل البينونة كما قدمناه أول الباب ، وإلا لكان الواقع بها رجعيا كالألفاظ الثلاثة والألفاظ المصرح فيها بذكره ، فالمناسب التعبير بالبينونة فإنها مصدر والمصدر من ألفاظ الوحدان لايراعى فيها العدد المحض بل التوحيد وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنهما لأنه عدد محض . ثم رأيت صاحب الجوهرة عبر بالبينونة كما قلنا بدل الطلاق .

وبما قررناه علم أنه ليس المراد بالمصدر نفس ألفاظ الكناية حتى يعترض عليه بأن نحو سرحتك فارقتك خلية برية لامصدر فيها فافهم (قوله ولذا صح فى الأمة الخ) لأن الثنتين فى حقها كل الجنس كالثلاث للحرة (قوله قال اعتدى ثلاثا) أى قاله ثلاث مرات (قوله وبالباق حيضا) هذا إذا كان الخطاب مع من هى من ذوات الحيض فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالأول طلاقا وبالباق تربصا بالأشهر كان حكمه كذلك فتح (قوله لنيته حقيقة كلامه) وهو إرادته أمرها بالاعتداد بالحيض بعد الطلاق (قوله بنية الأول) أى دلالة الحال بسبب نيته الإيقاع بالأول . قال فى فتح القدير فقد ظهر مما ذكر أن حالة مذاكرة الطلاق لاتقتصر على السؤال ، وهو خلاف ماقدموه من أنها حال سؤالها أو سؤال أجنبى طلاقها بل هى أعم منه ومن مجرد ابتداء الإيقاع (قوله حتى) تفريع على مافهم من اعتبار دلالة الحال ط (قوله لو نوى بالثانى فقط) أى نوى به الطلاق ولم ينو بغيره شيئا فثنتان : أى يقع به واحدة ، وكذا بالثالث أخرى وإن لم ينوبه لدلالة الحال بإيقاع الثانى ، ولا يقع بالأول شىء لأنه لم ينوبه ودلالة الحال وجدت بعده (قوله أربعة وعشرون) حاصلها أنه إما أن ينوى بالكل طلاقا أو بالأولى طلاقا أو حيضا لاغير أو بالأوليين طلاقا لاغير أو بالأولى والثالثة كذلك أو بالثانية والثالثة طلاقا وبالأولى حيضا ، ففى هذه الستة تقع الثلاث أو بالثانية طلاقا لاغير ،أو بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا لاغير، أو بالأولى طلاقا وبالثالثة حيضا لاغير أو بالأخريين طلاقا لاغير ، أو بالأوليين حيضا لاغير أو بالأولى والثالثة حيضا لاغير ، أو بالأولى والثانية طلاقا وبالثانية حيضا أو بالأولى والثالثة طلاقا ، وبالثانية حيضا، أو بالأولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا أو بالأولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا أو بالثانية حيضا لاغير . فهذه إحدى عشرة تقع فيها ثنتان أو بكل منها حيضا أو بالثالثة طلاقا أوحيضا لاغير ،أوبالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لاغير أو بالأخريين حيضا لاغير أوبالأولى طلاقا وبالثانية والثالثة حيضا ؛ وفى هذه الستة تقع واحدة والرابعة والعشرون أن لاينوى بكل منها شيئا فلا يقع شىء ، والأصل أنه إذا نوى الطلاق بواحدة ثبتت مذاكرة الطلاق ، فإذا نوى بما بعدها الحيض صدق لظهور الأمر بالاعتداد بالحيض عقب الطلاق ، ولا يصدق فى عدم نية شىء بما بعدها . وإذا لم ينو الطلاق بشىء صح وكذا كل ماقبل المنوىّ بها ، ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة ينوى بها الطلاق يقع بها الطلاق وتثبت حالة المذاكرة فيجرى فيها الحكم المذكور بخلاف ما إذا كانت مسبوقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا تقع بها الثانية كذا فى النهر عن الفتح ح .

قلت : ولنبين هذا الأصل فى بعض الصور المارة لزيادة التوضيح فإذا نوى بالأولى حيضا لاغير وقع الثلاث لأنه لما نوى بالأولى الحيض وقعت طلقة لأنها غير مسبوقة بإيقاع ، ولما نوى بالثانية والثالثة الحيض أيضا صحت

فواحدة ديانة وثلاث قضاء؛ ولو قال : أنت طالق اعتدى أو عطفه بالواو أو الفاء، فإن نوى واحدة فواحدة أو ثنتين وقعتا ، وإن لم ينو ففي الواو ثنتان وفى الفاء قيل واحدة وقيل ثنتان .

(طلقها واحدة) بعد الدخول (فجعلها ثلاثا صح، كما لو طلقها رجعيا فجعله) قبل الرجعة (بائنا) أو ثلاثا ، وكذا لو قال فى العدة : ألزمت امرأتى ثلاث تطليقات بتلك التطليقة أو ألزمتها بتطليقتين بتلك التطليقة

نيته لوقوع الأولى قبلهما ؛ وإذا نوى بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا لاغير يقع ثنتان لأن نيته الحيض بالثانية صحيحة لسبقها بإيقاع الأولى ؛ ولما لم ينو بالثالثة شيئا وقع بها أخرى لثبوت المذاكرة بوقوع الأولى . وإذا نوى بالكل حيضا تقع واحدة وهى الأولى لعدم سبقها بإيقاع ، وصحت نيته بالثانية والثالثة الحيض لسبق الإيقاع بواحدة قبلهما وعلى هذا القياس (قوله فواحدة ديانة) لاحتمال قصده التأكيد كأنت طالق طالق فتح (قوله وثلاث قضاء) لأنه يكون ناويا بكل لفظ ثلث تطليقة ، وهو مما لايتجزى فيتكامل فيقع الثلاث بحر عن المحيط . قال فى الفتح : والتأكيد خلاف الظاهر ، وعلمت أن المرأة كالقاضى لايحل لها أن تمكنه إذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه اهـ .

وفى البحر عن المحيط : لو قال عنيت تطليقة تعتد بها ثلاث حيض يصدّق لأنه محتمل والظاهر لايكذبه اهـ. قلت : ومثله فى كافى الحاكم الشهيد (قوله فإن نوى واحدة) أى بأن نوى باعتدى فى الصور الثلاث الأمر بالعدة بالحيض دون الطلاق فيصدق لظهور الأمر فيه عقب الطلاق كما مر (قوله وقعتا) وتكونان رجعيتين لأن اعتدى لايقع به البائن كما علمت (قوله ففى الواو ثنتان) وكذا فى صورة عدم العطف أصلا لأنه فى الصورتين يكون أمرا مستأنفا وكلاما مبتدأ وهو فى حال مذاكرة الطلاق ، فيحمل على الطلاق بحر عن المحيط (قوله قيل واحدة) جزم به فى المحيط على أنه المذهب معللا بأن الفاء للوصل : أى فتفيد حمل الأمر على الاعتداد بالحيض (قوله وقيل ثنتان) مشى عليه فى الخانية ، ووجهه حمل الأمر على الطلاق للمذاكرة . قلت : والأول أوجه تأمل (قوله طلقها واحدة الخ) عبارة الذخيرة وغيرها : طلقها رجعية ثم قال فى العدة جعلت هذه التطليقة بائنة أو ثلاثا صح عند أبى حنيفة ، وهى أخصر من عبارة المصنف وأظهر ، وقيد بقوله فى العدة لأنه بعدها تصير المرأة أجنبية فلا يمكنه جعل طلاقها ثلاثا أو بائنا ، ولذا قيد الشارح بقوله بعد الدخول ، لأنه لو قبله لايمكن جعلها ثلاثا لكونها بانت قبل الجعل لا إلى عدة وبقوله قبل الرجعة لأنه بعدها يبطل عمل الطلاق فيتعذر جعلها بائنة أو ثلاثا أيضا ؛ وإذا جعلها بائنة فى العدة فالعدة من يوم إيقاع الرجعى كما ذكره فى البزازية أى لا من يوم الجعل ، وقدمنا فى أول باب الصريح عن البدائع أن معنى جعل الواحدة ثلاثا أنه ألحق بها اثنتين لا أنه جعل الواحدة ثلاثا .

[تنبيه] ذكر الطلاق بلا عدد فقيل له بعد ماسكت كم ؟ فقال ثلاثا وقع ثلاث عندهما خلافا لمحمد ؛ ولو لم يسأل وقال بعد ماسكت ثلاثا إن كان سكوته لانقطاع النفس تطلق ثلاثا لأنه مضطر له فلا يعد فاصلا ، وإلا فواحدة كما فى البزازية .

وفى الجوهرة قال أنت طالق فقيل له بعد ماسكت كم ؟ فقال ثلاث فعنده ثلاث . وفى الخانية : ويحتمل أن هذا قول أبى حنيفة ، فإن عنده إذا طلق واحدة ثم قال جعلتها ثلاثا تصير ثلاثا اهـ ومن هنا يعلم حكم مالو قيل للمطلق قل بالثلاث فقال بالثلاث أنه يقع بالأولى، لأن الجعل فيه أظهر . وفى البزازية قال لها : أنت طالق واحدة فقالت هزار فقال هزار فعلى مانوى وإلا فلا شىء اهـ وهزار بالفارسية ألف ، ولا يخالف هذا مافهمناه لأنها لم

فهو كما قال ؛ ولو قال إن طلقتك فهى بائن أو ثلاث ثم طلقها يقع رجعيا ، لأن الوصف لايسبق الموصوف كما مر فتذكر (الصريح يلحق الصريح و) يلحق (البائن) بشرط العدة (والبائن يلحق الصريح) الصريح مالايحتاج إلى نية بائناكان الواقع به أو رجعيا فتح ،

تأمره أن يجعله ألفا وإنما تعرضت تعريضا محتملا ، وفيما نحن فيه أمر بأن يصيره ثلاثا فأجاب والجواب يتضمن مافى السؤال ، كذا بخط شيخ مشايخنا السائحانى .

قلت : والذى يظهر أن قولها له قل بالثلاث أمر بإلحاق العدد بأول كلامه فلا يلحق كما لو تكلم به بعدسكوته بلا طلب ، نعم لو قال لها : أنت طالق فقالت طلقنى بالثلاث فقال بالثلاث ، فإنه لاشبهة فى كونه جعلا وإنشاء لأنه جواب للطلب ، والله أعلم (قوله فهو كما قال) أى فهى ثلاث فى الأول وثنتان فى الثانى كما فى الخانية والبزازية وعليه فيكون قد ألحق بالطلقة الأولى طلقتين فى الأولى وطلقة فى الثانى (قوله كما مر) أى قبيل طلاق غير المدخول بها ح ، وقوله فتذكر أشار به إلى البحث السابق هناك مع صاحب البحر فى مسألة التعاليق ، وقد علمت مافيه :

مطلب الصريح يلحق الصريح والبائن

(قوله الصريح يلحق الصريح) كما لو قال لها : أنت طالق ثم قال أنت طالق أو طلقها على مال وقع الثانى بحر ، فلا فرق فى الصريح الثانى بين كون الواقع به رجعيا أو بائنا (قوله ويلحق البائن) كما لو قال لها أنت بائن أو خالعها على مال ثم قال أنت طالق أو هذه طالق بحر عن البزازية ، ثم قال : وإذا لحق الصريح البائن كان بائنا لأن البينونة السابقة عليه تمنع الرجعة كما فى الخلاصة . وقال أيضا : قيدنا الصريح اللاحق للبائن بكونه خاطبها بهوأشار إليها للاحتراز عما إذا قال كل امرأة له طالق فإنه لايقع على المختلعة الخ وسيذكره الشارح فى قوله ويستثنى مافى البزازية الخ ، ويأتى الكلام فيه (قوله بشرط العدة) هذا الشرط لابد منه فى جميع صور اللحاق ، فالأولى تأخيره عنها اهـ ح (قوله الصريح مالا يحتاج إلى نية) من هنا إلى قوله على المشهوركان الواجب ذكره قبل قوله والبائن يلحق الصريح لأن هذا كله من متعلقات الجملة الأولى أعنى قوله الصريح يلحق الصريح والبائن ولأن المراد بالصريح فى الجملة الثانية خصوص الرجعى كما تعرفه قريبا ، يعنى أن المراد بالصريح هنا حقيقته لانوع خاص منه وهو ماوقع به الرجعى فقط بل الأعم :

وأما الكناية الرواجع كاعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة وما ألحق بها فإنها وإن كانت تلحق البائن فى ظاهر الرواية بشرط النية لكنها لماوقع بها الرجعى كانت فى معنى الصريح كما فى البدائع : أى فهى ملحقة بالصريح فى حكم اللحاق للبائن ، أفاده فى البحر .

وقال فى المنح : إن صحة هذه الألفاظ بالإضمار ؛ فإن معنى قوله أنت واحدة أنت طالق طلقة واحدة فيصير الحكم للصريح ، لكن لابد من النية ليثبت هذا المضمر اهـ . فأفاد وجه كونها فى حكم الصريح وهو كونه مضمرا فيها وأن الإيقاع إنما هو به لابها نفسها لكن ثبوته مضمرا توقف على النية وبعد ثبوته بالنية لايحتاج إلى نية .قال ح : ولا يرد أنت علىّ حرام على المفتى به من عدم توقفه على النية مع أنه لايلحق البائن ، ولا يلحقه البائن لكونه بائنا لما أن عدم توقفه على النية أمر عرض له لابحسب أصل وضعه اهـ (قوله بائناكان الواقع به أو رجعيا) يؤيده ماقدمناه فى أول فصل الصريح عن البدائع من أن الصريح نوعان : صريح رجعى ، وصريح بائن ، وحينئذ

فمنه الطلاق الثلاث فيلحقهما ، وكذا الطلاق على مال فيلحق الرجعى ويجب المال والبائن ولا يلزم المال كما فى الخلاصة فالمعتبر فيه اللفظ لا المعنى على المشهور

فيدخل فيه الطلاق الرجعى والطلاق على مال ، وكذا مامر قبل فصل طلاق غير المدخول بها من ألفاظ الصريح الواقع بها البائن، مثل : أنت طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو طلاق الشيطان أو طلقة طويلة أو عريضة الخ فهذا كله صريح لايتوقف على النية ، ويقع به البائن ويلحق الصريح والبائن . قال فى الخلاصة : والصريح يلحق البائن وإن لم يكن رجعيا .

هذا ، وفى المنصورى شرح المسعودى للراسخ المحقق أبى منصور السجستانى : المختلعة يلحقها صريح الطلاق إذا كانت فى العدة ، والكناية أيضا تلحقها إذا كانت فى حكم الصريح كاعتدى الخ . ثم قال : والكنايات والبوائن لاتلحقها أى المختلعة ، وإن كان الطلاق رجعيا يلحقها الكنايات ، لأن ملك النكاح باق . قال فى عقد الفرائد : هذا مؤيد لما فى الفتح ؛ ومعنى العطف فى قول المنصورى والبوائن ما أوقع من البوائن لا بلفظ الكنايات فإنه يلغو ذكر البائن كما أطبقوا عليه اهـ ونقله فى النهر وأقره .

أقول : والصواب أن الواو فى والبوائن زائدة من الناسخ وأن مراد المنصورى الكنايات البوائن المقابلة للكنايات الرجعية التى ذكرها قبله ، لما علمته من أن البوائن بغير لفظ الكناية من الصريح الذى يلحق البائن وإلا صار منافيا لكلام الفتح لامؤيدا له فتدبر (قوله فمنه الخ) أى إذا عرفت أن قوله الصريح يلحق والبائن المراد بالصريح فيه ماذكر ظهر أن منه الطلاق الثلاث فيلحقهما : أى يلحق الصريح والبائن ؛ فإذا أبان امرأته ثم طلقها ثلاثا فى العدة وقع وهى واقعة حلب . قال فى فتح القدير : الحق أنه يلحقها لما سمعتَ من أن الصريح وإن كان بائنا يلحق البائن ومن أن المراد بالبائن الذى لايلحق هو ما كان كناية اهـ وتبعه تلميذه ابن الشحنة فى عقد الفرائد، وكذا صاحب البحر والنهر والمنح والمقدسى والشرنبلالى وغيرهم ، وهو صريح مانقلناه آنفا عن الخلاصة وأيده صاحب الدرر والغرر كما نذكره قريبا خلافا لمن رجح عدم وقوع الثلاث فإنه خلاف المشهور كما يأتى (قوله وكذا الطلاق على مال) أى إنه أيضا من الصريح وإن كان الواقع به بائنا (قوله والبائن) بالنصب معطوف على قوله الرجعى (قوله ولا يلزم المال) أى إذا أبانها ثم طلقها فى العدة على مال وقع الثانى أيضا ، ولا يلزمها المال لأن إعطاءه لتحصيل الخلاص المنجز وأنه حاصل كما فى البحر عن البزازية : أى بخلاف ماقبله ، فإنه إذا طلقها رجعيا توقف الخلاص على انقضاء العدة ؛ فإذا طلقها بعده بمال فى العدة لزم المال لأنها بانت منه فى الحال .

قال فى البحر : ثم اعلم أن المال وإن لم يلزم أى فى مسألتنا فلابد فى الوقوع من قبولها لأن قوله أنت طالق على ألف تعليق طلاقها بالقبول فلا يقع بلا وجود الشرط كما فى البزازية فالمعتبر فيه أى فى الصريح هنا اللفظ : أى كونه من ألفاظ الصريح وإن كان معناه أى الواقع به البائن ، والمراد باللفظ مايشمل المضمر كما فى الكنايات الرجعية كما مر (قوله على المشهور) رد على ماذكره بعضهم فى واقعة حلب المذكورة آنفا من أنه لايقع الثلاث لأنه بائن فى المعنى والبائن لايلحق البائن ، واعتبار المعنى أولى من اعتبار اللفظ ، وجعله الأصح المفتى به أفاده المصنف .

قلت : وفى الحاوى الزاهدى عازيا إلى الأسرار لنجم الدين قال لها : أنت بائن ثم قال فى العدة أنت طالق ثلاثا لايقع الثلاث عند أبى حنيفة لكون الثلاث بينونة غليظة فى المعنى . وعندهما يقع لكونها فى اللفظ صريحا . والأصح قوله لأن الاعتبار للمعنى دون اللفظ ، ثم عزا إلى شرح العيون مثله ، ثم عزا إلى كتاب آخر . قال محمد

لايقع الثلاث؛ والفتوى على قوله . ثم قال : وفى فصول الاستروشنى مثله اه وقد تكفل برده المصنف فى المنح ، ونقله عنه فى الشرنبلالية وأقره . وقد تكرر أن الزاهدى ينقل الروايات الضعيفة فلا يتابع فيما ينفرد به وقد وجد النقل عن الخلاصة والبزازية وغيرهما بما يخالفه كما قدمناه . وقد استدل فى الدرر واليعقوبية على خلافه أيضا كما نذكره قريبا ، ويكفينا قدوة ماذكره فى فتح القدير وتابعه عليه من بعده كما قدمناه فلذا اعتمده الشارح وجعله المشهور ومما يدل عليه قطعاً أنه لو طلقها ثم خلعها ثم قال فى عدة الخلع أنت طالق فهذا صريح لفظا بائن معنى وهو واقع قطعا ؛ فقد استدلوا على لحوق الصريح البائن بقوله تعالى — فلا جناح عليهما فيما افتدت به — يعنى الخلع ، ثم قال تعالى — فإن طلقها فلا تحل له من بعد — الخ والفاء للتعقيب . قال فى الفتح : فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع اه ومثله فى الدرر عن التلويح .

وفى حواشى الخير الرملى قال فى مشتمل الأحكام : والبائن لايلحق البائن يعنى البائن اللفظى ، أما البائن المعنوى يلحق اللفظى مثل الثلاث من المبسوط اه (قوله لايلحق البائن البائن) المراد بالبائن الذى لايلحق هو ماكان بلفظ الكناية لأنه هو الذى ليس ظاهرا فى إنشاء الطلاق كذا فى الفتح ، وقيد بقوله الذى لايلحق إشارة إلى أن البائن الموقع أولا أعم من كونه بلفظ الكناية أو بلفظ الصريح المفيد للبينونة كالطلاق على مال ، وحينئذ فيكون المراد بالصريح فى الجملة الثانية أعنى قولهم والبائن يلحق الصريح لاالبائن هو الصريح الرجعى فقط دون الصريح البائن ، وبه ظهر أن مانقله الشارح أولا عن الفتح من أن الصريح مالا يحتاج إلى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا خاص بالصريح فى الجملة الأولى : أعنى قولهم الصريح يلحق الصريح والبائن كما دل عليه كلام الفتح الذى ذكرناه هنا ، ويدل عليه أيضا أمور :

منها ماأطبقوا عليه من تعليلهم عدم لحوق البائن البائن بإمكان جعل الثانى خبرا عن الأول ، ولا يخفى أن ذلك شامل لما إذا كان البائن الأول بلفظ الكناية أو بلفظ الصريح .

ومنها مافى الكافى للحاكم الشهيد الذى هو جمع كلام محمد فى كتبه ظاهر الرواية حيث قال : وإذا طلقها تطليقة بائنة ثم قال لها فى عدتها أنت على حرام أو خلية أو برية أو بائن أو بتة أو شبه ذلك وهو يريد به الطلاق لم يقع عليها شىء لأنه صادق فى قوله هى على حرام وهى منى بائن اه أى لأنه يمكن جعل الثانى خبرا عن الأول ، وظاهر قوله طلقها تطليقة بائنة أن المراد به الصريح البائن بقرينة مقابلته له بألفاظ الكناية تأمل .

ومنها قول الزيلعى : أما كون البائن يلحق الصريح فظاهر لأن القيد الحكمى باق من كل وجه لبقاء الاستمتاع اه فهذا صريح فى أن المراد بالصريح فى الجملة الثانية هو الصريح الرجعى ، إذ لايخفى أن بقاء قيد النكاح من كل وجه وبقاء الاستمتاع لايكون بعد الصريح البائن .

ومنها ماقدمناه من قول المنصورى وإن كان الطلاق رجعيا يلحقها الكنايات ، لأن ملك النكاح باق ؛ فتقييده بالرجعى دليل على أن الصريح البائن لايلحقه الكنايات ؛ وكذا تعليله دليل على ذلك .

ومنها مافى التاترخانية قبيل الفصل السادس : ولو طلقها على مال أو خلعها بعد الطلاق الرجعى يصح ، ولو طلقها بمال ثم خلعها فى العدة لايصح اه .

فانظر كيف فرق بين الرجعى والصريح البائن وهو الطلاق على مال حيث جعل الخلع واقعا بعد الأول لابعد

إذا أمكن جعله إخبارا عن الأول :

الثانى ، فهذا صريح فيما قلناه أيضا من أن المراد بالصريح هنا الرجعى فقط ، وبالبائن الأول مايشمل البائن الصريح .

ومنها فرعان ذكرهما فى البحر : الأول مافى القنية عن الأوزجندى : طلقها على ألف فقبلت ثم قال فى عدتها أنت بائن لايقع اهـ . والثانى مافى الخلاصة من الجنس السادس من الخلع : لو طلقها بمال ثم خلعها فى العدة لم يصح اهـ فهذا أيضا صريح فيما قلناه ، وبه سقط مافى البحر ، وتبعه فى النهر من استشكاله الفرعين بناء على فهمه أن المراد بالصريح مايشمل الصريح البائن . قال : وقد جعلوا الطلاق على مال من قبيل الصريح ، وقالوا : إن البائن يلحق الصريح فينبغى الوقوع فى الفرع الأول وصحة الخلع فى الفرع الثانى . ثم قال فى البحر : ولا مخلص إلا بكون المراد بعدم صحة الخلع عدم لزوم المال ، والدليل عليه أن صاحب الخلاصة صرح فى عكسه وهو ما إذا طلقها بمال بعد الخلع أنه يقع ولا يجب المال ولا فرق بينهما كما لايخفى اهـ .

أقول : وهذا عجيب من مثله ، أما أولا فلأن المراد بالصريح فى الجملة الثانية هو الرجعى فقط ، بخلاف الصريح فى الجملة الأولى كما دل عليه ماذكرناه من تعليلاتهم وفروعهم ، وعليه فلا إشكال فى الفرعين أصلا ، بل هما دليلان على ما قلناه ، وأما ثانيا فلأن ماذكره من المخلص بعيد جدا بل المخلص ما قلناه ؛ وأما ثالثا فلأن دعواه عدم الفرق بين هذا الفرع وعكسه كما لايخفى فى غاية الخفاء للفرق الواضح بينهما ، لأنه إذا طلقها بمال بعد الخلع إنما لا يجب المال لأن إعطاء المال لتحصيل الخلاص المنجز وإنه حاصل كما قدمنا بيانه . أما إذا طلقها على مال قبل الخلع فلا وجه لسقوط المال ، لأن الطلاق بدونه لايحصل به الخلاص المنجز بل يتوقف إلى انقضاء العدة ، فقد حصل بالمال ماهو المطلوب به ولا يبطل بالخلع العارض بعده بعد تحقق المطلوب به بل يبطل الخلع نفسه ، لأن الخلاص المنجز حاصل قبله فلا يفيد ، هذا ماظهر لى فى تقرير هذا المقام ، الذى زلت فيه أقدام الأفهام ، فاغتنمه فإنه من جملة ما اختص به هذا الكتاب ، بعون الملك الوهاب .

ثم رأيت فى الحواشى اليعقوبية على صدر الشريعة مانصه : وأيضا قولهم والبائن الغير الصريح يلحق الصريح ينبغى أن لايكون على إطلاقه ، لأنه لايلحق الصريح البائن لاحتمال الخبرية عن الأول كما لايخفى ، إلا أن يدعى الفرق بين البائنين فلا يصح الخبر بأحدهما عن الآخر اهـ وهذا عين مافهمته بحمد الله تعالى من أن المراد بالصريح فى الجملة الثانية الصريح الرجعى فقط ، وقوله إلا أن يدعى الفرق الخ قد علمت مما قررناه أولا عدم الفرق فإنه لاشبهة فيه لذى فهم ، والله سبحانه أعلم (قوله إذا أمكن الخ) قيد فى عدم لحاق البائن البائن ، ومحترزه ما أفاده بقوله بخلاف أبنتك بأخرى الخ ط .

قال فى البحر : وينبغى أنه إذا أبانها ثم قال لها أنت بائن ناويا طلقة ثانية أن تقع الثانية بنيته لأنه بنيته لايصلح خبرا ، فهو كما لو قال أبنتك بأخرى ، إلا أن يقال إن الوقوع إنما هو بلفظ صالح له وهو أخرى بخلاف مجرد النية اهـ . وفيه أن اللفظ الثانى صالح ، ولو أبدل صالح بمعين له لكان أظهر ط .

أقول : ويدفع البحث من أصله تعبيرهم بالإمكان ، وبأنه لاحاجة إلى جعله إنشاء متى أمكن جعله خبرا عن الأول لأنه صادق بقوله أنت بائن على أن البائن لايقع إلا بالنية . فقولهم البائن لايلحق البائن لاشك أن المراد به البائن المنوى ، إذ غير المنوى لايقع به شىء أصلا ولم يشترطوا أن ينوى به الطلاق الأول .

فعلم أن قولهم إذا أمكن الخ احتراز عما إذا لم يمكن جعله خبرا كما فى أبنتك بأخرى ، لاعما إذا نوى به طلاقا

كأنت بائن بائن ، أو أبنتك بتطليقة فلا يقع لأنه إخبار فلا ضرورة فى جعله إنشاء ، بخلاف أبنتك بأخرى أو أنت طالق بائن ، أو قال نويت البينونة الكبرى لتعذر حمله على الإخبار فيجعل إنشاء ، ولذا وقع المعلق كما قال (إلا إذا كان) البائن (معلقا بشرط) أو مضافا (قبل) إيجاد (المنجز البائن) كقوله : إن دخلت الدار فأنت بائن ناويا ثم أبانها ثم دخلت وبانت بأخرى لأنه لايصلح إخبارا ،

آخر فتدبر . وأما اعتدى اعتدى فإنه ملحق بالصريح كما تقدم ، فلا ينافى ماهنا حيث أوقعوا به مكررا تأمل (قوله كأنت بائن بائن) كذا فى بعض النسخ مكررا ، وفى بعضها كأنت بائن بدون تكرار وهو الأصوب ، لأن المقصود التمثيل لايقاع البائن على المبانة ،ولأنه كما قال ط ليس المراد الإخبار النحوى بل الإخبار عما صدر أولا ولأنه يوهم أن يلزم كونه فى مجلس واحد وهو غير لازم اه (قوله أو أبنتك بتطليقة) عطف على بائن الثانية أى أنت بائن أبنتك بتطليقة اه ح وأشار به إلى أنه لايشترط اتحاد اللفظين فشمل ما إذا كان الأول بلفظ الكناية البائنة أو الخلع أو الطلاق الصريح إذا كان على مال أو موصوفا بما ينبىء عن البينونة كما علم مما قدمناه بعد كون الثانى بلفظ الكناية البائنة كالخلع ونحوه مما يتوقف على النية ولو باعتبار الأصل كأنت حرام ، بخلاف الكناية الرجعية فإنها فى حكم الصريح فتلحق البائن كما مر (قوله فلا يقع) أى وإن نوى ، لما فى البحر عن الحاوى : ولا يقع بكنايات الطلاق شىء وإن نوى اه ط (قوله لأنه إخبار) أى يجعل إخبارا لأنه أمكن ذلك (قوله بخلاف أبنتك بأخرى) أى لو أبانها أولا ثم قال فى العدة أبنتك بأخرى وقع ،لأن لفظ أخرى مناف لإمكان الإخبار بالثانى عن الأول (قوله أو أنت طالق بائن) لأن وقوعه بأنت طالق وهو صريح ، ويلغو قوله بائن لعدم الحاجة إليه : لأن الصريح بعد البائن بائن ، كذا فى شرح المنار لصاحب البحر ،وهو إشارة إلى ماذكره فى البحر عن الذخيرة من الفرق بين هذا وبين قوله للمبانة أبنتك بتطليقة ، وهو أنه إذا ألغينا بائنا يبقى قوله طالق وبه يقع ؛ ولو ألغينا أبنتك يبقى قوله بتطليقة وهو غير مفيد اه .

قلت : لكن يشكل عليه ماقدمناه فى باب طلاق غير المدخول بها من أن الطلاق متى قيد بعدد أو وصف أو مصدر فالوقوع بالقيد،حتى لو قال: أنت طالق وماتت قبل قوله ثلاثا أو بائن لم يقع ،فهذا ينافى ماأطبقوا عليه من إلغاء الوصف هنا، إلا أن يجاب بأن اعتبار الوقوع به هنا لايصح لسبق البينونة قبله ولوقوع البائن بالصريح هنا وإن لم يوصف، فتعين إلغاء الوصف كما علمت آنفا . وبقى إشكال آخر مذكور مع جوابه فى البحر (قوله أو قال نويت) أى بالبائن الثانى البينونة الكبرى أى الحرمة الغليظة وهى التى لاحل بعدها إلا بنكاح زوج آخر ،وهذا هو المعتمد كما فى البحر ، وقيل لايقع لأن التغليظ صفة البينونة فإذا ألغت النية فى أصل البينونة لكونها حاصلة لغت فى إثبات وصف التغليظ محيط ، وهذا صريح فى إلغاء نية البينونة ؛ ومثله ماقدمناه آنفا عن الحاوى فلا تصح نية بينونة أخرى خلافا لما بحثه فى البحر كما مر .

قال فى الدرر: أقول وهذا يدل قطعا على أنه إذا أبانها ثم قال فى العدة أنت طالق ثلاثا يقع الثلاث ،لأن الحرمة الغليظة إذا ثبتت بمجرد النية بلا ذكر الثلاث لعدم ثبوتها فى المحل فلأن تثبت إذا صرح بالثلاث أولى ، وتمامه فيه ونحوه فى اليعقوبية (قوله لتعذر الخ) علة لقوله بخلاف الخ (قوله ولذا) أى لتعذر حمله على الإخبار (قوله إلا إذا كان البائن معلقا الخ) يشمل ما إذا آلى من زوجته ثم أبانها قبل مضى أربعة أشهر ثم مضت قبل أن يقربها وهى فى العدة فإنه يقع خلافا لزفر بحر (قوله قبل إيجاد المنجز) سيذكر الشارح محترز القبلية ، وتنجيز الثانى غير قيد بل لو علقه قبل وقوع المعلق الأول فكذلك كما يذكره أيضا (قوله ناويا) لأنه كناية فلا بد له من نية (قوله لأنه لايصلح إخبارا) أى لأن التعليق قبل فلا يصح إخبارا عنه وكذا الإضافة ح وأعاد التعليل وإن علم من قوله

ومثله المضاف كأنت بائن غدا ثم أبانها ثم جاء الغد يقع أخرى .

وفى البحر عن الوهبانية : أنت بائن كناية معلقا كان أو منجزا فيغتفر للنية ، ولو قال : إن دخلت الدار فأنت بائن ، ثم قال إن كلمت زيدا فأنت بائن ثم دخلت وبانت ثم كلمت يقع أخرى ذخيرة .

وفى البزازية : إن فعلت كذا فحلال الله علىّ حرام ثم قال كذلك لأمر آخر ففعل أحدهما بانت ، وكذا لو فعل الثانى على الأشبه فليحفظ ، قيد بالقبلية لأنه لو أبانها أولا ثم أضاف البائن أو علقه لم يصح كتنجيزه بدائع . ويستثنى مافى البزازية : كل امرأة له طالق لم يقع على المختلعة ، ولو قال إن فعلت كذا فامرأته كذا لم يقع على معتدة البائن ،

سابقا ولذا وقع المعلق لطول الفصل فافهم (قوله ومثله المضاف) الأولى ومثال المضاف ، لأن المماثلة فى الحكم فهمت من قوله سابقا أو مضافا ط (قوله وفى البحر الخ) مراده بهذا النقل الاستدلال على قوله ناويا ح (قوله فيفتقر للنية) أى أو المذاكرة (قوله ولو قال إن دخلت) بيان لما إذا كانا معلقين كما فى البحر (قوله ثم دخلت وبانت) أشار بالعطف بثم إلى أنه لابد من كون التعليق الثانى قبل وجود شرط الأول : لأنها لو دخلت وبانت ثم قال إن كلمت زيدا فكلمته لايقع ، لأن الأول لما وجد شرطه قبل تعليق الثانى صار منجزا ، والمعلق لايلحق إلا إذا كان التعليق قبل إيجاد المنجز كما علمته من كلام المتن ، لأن قوله ثانيا فأنت بائن صادق بثبوت البينونة أولا فيصلح كون الثانى خبرا عن الأول ، وبه سقط ما قيل إن كلامه شامل لكون التعليق الثانى بعد وجود الشرط الأول أو قبله ، وكذا سقط قول هذا القائل إنّ تعذر جعله إخبارا عن الأول موجود فى المعلق والمضاف ، سواء كان التعليق أو الإضافة قبل التنجيز أو بعده ، فينبغى عدم الفرق وإن اتفقت كلمتهم على اشتراط كونه قبل إيجاد المنجز اهـ . إذا لايخفى أن التعليق بعد إيجاد المنجز يصلح كون المعلق فيه وهو البينونة الثانية خبرا عن المنجز الثابت أولا ، بخلاف ماقبله ، فالوجه ماقالوه دون ماقبله فتدبر (قوله ثم كلمت) فلو عكست أى بأن كلمته أولا ثم دخلت ، فالظاهر أن الحكم كذلك لوجود العلة ، لأن كلا من تعليقيه لا يصلح إخبارا عن الآخر لعدم كونها طالقا عند كل من التعليقين اهـ ح (قوله وفى البزازية الخ) لافرق بينه وبين مافى الذخيرة إلا فى لفظ البائن والحرام . وفى إفادة أنه يقع بأيهما سبق من قوله ففعل أحدهما وهذا مؤيد لما بحثه المحشى أفاده ط (قوله وكذا لو فعل الثانى) أراد بالثانى الآخر لا الترتيب بدليل قوله أحدهما ح (قوله قيد بالقبلية) أى بقوله فى المتن قبل المنجز البائن (قوله لم يصح) لأنه يمكن جعله خبرا عن الأول المنجز كما قلنا (قوله ويستثنى الخ) أى من قولهم الصريح يلحق البائن ؛ وأنت خبير بأنه إنما لم يقع الطلاق فى هاتين الصورتين لعدم تناول لفظ المرأة معتدة البائن ؛ حتى لو لم يذكر لفظ المرأة وقع . قال فى النهر : وفى المنصورى شرح المسعودى : المختلعة يلحقها صريح الطلاق إذا كانت في العدة اهـ ح .

مطلب المختلعة والمبانة ليست امرأة من كل وجه

وحاصله أن عدم الوقوع لكونها ليست امرأة له من كل وجه بل تسمى مختلعة ومبانته وإن كان أثر النكاح وهو العدة باقيا حتى لحقها الصريح إذا أضافه إليها بخطاب أو إشارة ، وكذا لو نواها بالطلاق كما صرح به فى كافى الحاكم ، ومثله فى الذخيرة حيث قال كل امرأة لى لاتدخل المبانة بالخلع والإيلاء إلا أن يعينها : أى فعند عدم النية صارت فى حكم الأجنبية فلا تسمى امرأته ؛ ولذا قال فى حاوى الزاهدى قال لامرأته أنت طالق واحدة ثم قال إن كنت امرأة لى فأنت طالق ثلاثا إن كان الطلاق الأول بائنا لايقع الثانى ، وإن كان رجعيا يقع الثانى اهـ لكن يشكل على هذا مافى تعليق البحر عن المحيط : لو حلف لاتخرج امرأته من هذه الدار فطلقها وانقضت عدتها وخرجت

ويضبط الكل ماقيل :

كلا أجز لابائنا مع مثله إلا إذا علقته من قبله
إلا بكل امرأة وقد خلع والحق الصريح بعد لم يقع

(كل فرقة هى فسخ من كل وجه) كإسلام

يحنث ، وكذا لوقال إن قبلت امرأتى فعبدى حر فقبلها بعد البينونة لأن الإضافة للتعريف لاللتقييد اه أى لتعيين ذات المحلوف عليها لابقيد كونها امرأة له ، فإذاكان لفظ المرأة شاملا لها بعد البينونة وانقضاء العدة ففى حال بقاء العدة كما فى مسألتنا بالأولى .

وقد يجاب بأن المعتبر فى المعلق حالة التعليق لاحالة وجود الشرط ، وهى فى حالة التعليق كانت امرأة له من كل وجه ولذا وقع البائن المعلق قبل وجود البائن المنجز كمامر ، وسنذكر تحقيق المسألة إن شاء الله تعالى فى التعليق عند قوله وزوال الملك لايبطل اليمين (قوله ويضبط الكل) بضم الباء وكسرها ، والمراد بالكل صور اللحاق والمستثنى منها ط (قوله ماقيل) البيت الأول لوالد شيخ الإسلام عبد البر شارح النظم الوهبانى كما فى المنح ، والبيت الثانى لصاحب النهر ح (قوله كلا أجز) أى أجز كلا من وقوع الصريح والبائن بعد الصريح والبائن ح ولا يخفى مافى قوله كلا من الإبهام نهر . قلت : وفى كثير من نسخ الشرح لحوقا بدل كلا ولا يستقيم معه الوزن (قوله لا بائنا) عطف على كلا ومع بسكون العين للوزن بمعنى بعد ، كما فى قوله تعالى — إن مع العسر يسرا — نعت لقوله بائنا : أى لاتجز بائنا كائنا بعد مثله ، وهذا العطف كالاستثناء فى المعنى كأنه قال كلا أجز إلا بائنا بعد مثله ، وقوله إلا إذ علقته من قبله استثناء من العطف الذى هو بمنزلة الاستثناء : أى لاتجز بائنا بعد بائن إلا إذا علقت البائن الواقع بعد المثل قبل المثل ، فضمير علقته للبائن الأول ، وضمير قبله للمثل الذى هو البائن الثانى اه ح والتعبير بالمثل مشعر بإخراج البينونة الكبرى ، ولا يخفى مافى البيت من التعقيد ، والأوضح ماقيل :

صريح طلاق المرء يلحق مثله ويلحق أيضا بائنا كان قبله
كذا عكسه لابائن بعد بائن سوى بائن قدكان علق قبله

(قوله إلا بكل امرأة) استثناء ثان من قوله كلا أجز فإنه بعد إخراج البائن بعد البائن منه بقى البائن بعد الصريح والصريح بعد الصريح والصريح بعد البائن ، فاستثنى منه باعتبار هذا الأخير مافى البزازية من قوله كل امرأة لى طالق وكان له مختلعة فإنه صريح لحق بائنا ولم يقع لما قدمنا وباء بكل بمعنى فى ، وكل بالضم على الحكاية والواو فى قوله وقد خلع للحال ، والحق مبنى للفاعل معطوف على خلع ، وبعد مبنى على الضم لقطعه عن الإضافة ونية معناها وهو ظرف لالحق : أى والحق الصريح بعد الخلع ح (قوله كل فرقة الخ) أفاد به أن قوله والصريح يلحق الصريح الخ إنما هو فى الطلاق لاالفسخ .

هذا ، ويرد على الكلية الأولى إباء أحدهما عن الإسلام وارتداد أحدهما ، وعلى الثانية الفرقة كاللعان كما يأتى بيانه (قوله كإسلام) أى إسلام الزوج لوامرأته مجوسية أبت الإسلام أو إسلام زوجة حربى هاجرت إلينا دونه كذا بخط السائحانى .

وذكر فى الفتح أول كتاب الطلاق : إذا سبى أحد الزوجين لايقع طلاقه عليها ، وكذا لوهاجر أحدهما مسلما أو ذميا أو خرجا مستأمنين فأسلم أحدهما أو صار ذميا فهى امرأته حتى تحيض ثلاث حيض فتقع الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه ، ثم قال : إذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرق بينهما بإباء الآخر فانه يقع عليها طلاقه وإن

وردة مع لحاق وخيار بلوغ وعتق (لا يقع الطلاق فى عدتها) مطلقا (وكل فرقة هى طلاق يقع) الطلاق (فى عدتها) على نحو مابينا .

[فروع] إنما يلحق الطلاق لمعتدة الطلاق ،

كانت هى الآبية أى وإن كانت مجوسية . قال : وبه ينتقض ماقيل : إذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه اهـ.

قلت : وهو رد على ما فى البزازية : إذا أسلم أحد الزوجين لايقع على الآخر طلاقه وتبعه الشارح ، لكن ذكر الخير الرملى أن موضوع مافى البزازية فى طلاق أهل الحرب .

قلت : وعليه ، فكان لفظ أسلم محرف عن سبى تأمل ، ومسألة الإباء واردة على المصنف لأنها فسخ ولحق فيها الطلاق (قوله وردة مع لحاق) أى إذا ارتد ولحق بدار الحرب فطلق امرأته لايقع ، وإن عاد مسلما فطلقها فى العدة يقع ، والمرتدة إذا لحقت فطلقها زوجها ثم عادت مسلمة قبل الحيض ، فعنده لايقع ، وعندهما يقع خانية ؛ وقيد باللحاق إذ بدونه يقع لأن الحرمة غير متأبدة فإنها ترتفع بالإسلام فتح ، ومر تمامه فى باب نكاح الكافر .

وفى الذخيرة : ولو ارتدت المرأة ولم تلحق وطلقها فى العدة وقع لالوخالعها لأنها بالارتداد بانت والمبانة يلحقها صريح الطلاق لاالخلع اهـ . ولا يخفى أن الفرقة بالردة فسخ ولو بدون لحاق ، فهى واردة على المصنف (قوله وخيار بلوغ وعتق) وكذا الفرقة بحرمة المصاهرة كتقبيل ابن الزوج ، لأنها حرمة مؤبدة فلا يفيد الطلاق فائدته كما فى الفتح أول الطلاق ، وصرح فى موضع آخر بأنه لايقع فى الفرقة باللعان لأنه حرمة مؤبدة أيضا .

قلت : ومثله الفرقة بالرضاع ، وصرح أيضا بعدم اللحاق فى الفسخ بعدم الكفاءة ونقصان المهر . وذكر فى الذخيرة أيضا عدم اللحاق فى ملكها زوجها وقد طلقها قبل أن تبيعه أو تعتقه ، لالو أخرجته عن ملكها وهى فى العدة فإنه يقع لأنه مادام عبدا لها لانفقة عليه لها ولا سكنى فلا يقع طلاقه عليها ، بخلاف ما إذا باعته أو أعتقته فيقع (قوله مطلقا) أى صريحا أو كناية ح ويفيده مابعده (قوله وكل فرقة هى طلاق) كالفرقة فى الإيلاء واللعان والجب والعنة ، وتقدم فى باب المهر نظما بيان الفرق ، وبيان مايكون منها فسخا ، ومايكون طلاقا ، ومايتوقف منها على قضاء القاضى ، وما لايتوقف ، وصرح فى الذخيرة بأن معتدة اللعان يلحقها الطلاق ، وهو خلاف ماقدمناه آنفا عن الفتح مع أن الفرقة باللعان طلاق لافسخ ، لكن تعليله بأنها حرمة مؤبدة يرجح ماقاله لكن سيأتى فى بابه أنها حرمة مؤبدة مادام أهلا للعان ، فإذا خرجا عن أهلية اللعان أو أحدهما له أن ينكحها ، وكذا لو أكذب نفسه حد ، وله أن ينكحها تأمل (قوله على نحو مابينا) أى من قوله الصريح يلحق الصريح الخ ح (قوله إنما يلحق الطلاق لمعتدة الطلاق الخ) اعترضه فى أول طلاق الفتح بأنه غير حاصر ، لأن العدة قد تتحقق بدون الطلاق والوطء كما لو عرض الفسخ بخيار بعد مجرد الخلوة ، إلا أن يجاب بأن الخلوة ملحقة بالوطء ثم يقتضى أن عدة الفسخ لايقع فيها طلاق مع أنه منقوض بما إذا أسلم أحدهما وأبت عن الإسلام فإنه يقع طلاقه عليها مع أن الفرقة فيها فسخ ، وبما إذا ارتد أحدهما فإنه يقع طلاقه مع أن الفرقة بردته فسخ ، خلافا لأبى يوسف وكذا بردتها إجماعا اهـ وهذا النقض وارد أيضا على عبارة المتن كما قدمناه .

فصار الحاصل أن الطلاق يلحق فى عدة فرقة عن طلاق أو إباء أو ردة بدون لحاق بدار الحرب ، ونظمت ذلك بقولى :

ويلحق الطلاق فرقة الطلاق أو الإبا أو ردة بلا لحاق

أما المعتدة للوطء فلا يلحقها خلاصة .

وفي القنية : زوج امرأته من غيره لم يكن طلاقا ثم رقم ، إن نوى طلقت اذهبي وتزوجي تقع واحدة بلا نية اذهبي إلى جهنم يقع إن نوى خلاصة ، وكذا اذهبي عني وأفلحي وفسخت النكاح ، وأنت عليّ كالميتة أو كلحم الخنزير أو حرام كالماء لأنه تشبيه بالسرعة ، ولا يقع بأربعة طرق عليك مفتوحة وإن نوى مالم يقل خذي أيّ طريق شئت .

باب تفويض الطلاق

لما ذكر مايوقعه بنفسه بنوعيه ذكر مايوقعه غيره بإذنه . وأنواعه ثلاثة :

وهو أحسن من قول المقدسي :

في عدة عن الطلاق يلحق　　　أو ردة أو بالإباء يفرق

(قوله أما المعتدة للوطء فلا يلحقها) مثاله لو طلقها بائنا أوخالعها ثم بعد مضي حيضتين من عدتها مثلا وطئها عالما بالحرمة فلزمها عدة ثانية وتداخلتا ، فإذا حاضت الثالثة فهي منهما ولزمها حيضتان أيضا لإكمال الثانية ؛ فلو طلقها في الحيضتين الأخيرتين لايقع لأنها عدة وطء لاطلاق أفاده في الذخيرة (قوله ثم رقم) أي رمز عازيا إلى كتاب آخر ، لأن عادته ذكر حروف اصطلح عليها يرمز بها إلى أسماء الكتب (قوله إن نوى طلقت) لعل وجهه أن قوله زوجتك امرأتي فلانة يحتمل أن يكون على تقدير إن صح تزويجها منك ، أو تقدير لأنها طالق مني ، فاذا نوى الطلاق تعين الثاني فتطلق (قوله تقع واحدة بلا نية) لأن تزوجي قرينة ، فإن نوى الثلاث فثلاث بزازية ، ويخالفه مافي شرح الجامع الصغير لقاضيخان : ولوقال اذهبي فتزوجي وقال لم أنو الطلاق لايقع شيء ، لأن معناه إن أمكنك اه إلا أن يفرق بين الواو والفاء وهو بعيد هنا بحر ، على أن تزوجي كناية مثل اذهبي فيحتاج إلى النية فمن أين صار قرينة على إرادة الطلاق باذهبي مع أنه مذكور بعده ، والقرينة لابد أن تتقدم كما يعلم مما مر في اعتدي ثلاثا ، فالأوجه مافي شرح الجامع ، ولا فرق بين الواو والفاء ، ويؤيده مافي الذخيرة اذهبي وتزوجي لايقع إلا بالنية وإن نوى فهي واحدة بائنة ، وإن نوى الثلاث فثلاث (قوله وافلحي) في البدائع قال محمد قال لها : افلحي يريد الطلاق يقع لأنه بمعنى اذهبي تقول العرب أفلح بخير أي ذهب بخير ، ويحتمل اظفري بمرادك يقال أفلح الرجل إذا ظفر بمراده ، بحر (قوله وأنت عليّ كالميتة) أي يقع إن نوى ، والمراد التشبيه بماهو محرم العين كالخمر والخنزير والميتة ، فالحكم فيه كالحكم في أنت عليّ حرام ، بخلاف مالوقال أنت علي كمتاع فلان فلايقع ، وإن نوى أفاده في الذخيرة أي لأن متاع فلان ليس محرم العين وجعله كأنت عليّ حرام مبني على مذهب المتقدمين من توقف الوقوع به على النية (قوله لأنه تشبيه بالسرعة) الأولى في السرعة كأنه قال أنت حرام سريعا كسرعة الماء في جريه ، وقد مر أن أنت حرام ملحق بالصريح فلا يحتاج إلى نية ، فلعل هذا مبني على غير المفتى به ط . قلت : وهو المتعين (قوله مالم يقل خذي أي طريق شئت) أي فإن نوى يقع ثلاث في رواية أسد عن محمد . وقال ابن سلام : أخاف أن يقع ثلاث لمعاني كلام الناس ، كأنه يريد أن مراد الناس بمثله اسلكي الطريق الأربع وإلا فاللفظ إنما يعطي الأمر بسلوك أحدها ، والأوجه أن تقع واحدة بائنة فتح ، والله سبحانه أعلم .

باب تفويض الطلاق

أي تفويضه للزوجة أو غيرها صريحا كان التفويض أو كناية ، يقال : فوض له الأمر : أي رده إليه حموي ، فالكناية قوله اختاري أو أمرك بيدك ، والصريح قوله طلقي نفسك أبو السعود (قوله بنوعيه) أي الصريح والكناية ح (قوله وأنواعه) الضمير عائد إلى مايوقعه الغير لاللتفويض ، وإلا يلزم تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى

تفويض ، وتوكيل ، ورسالة . وألفاظ التفويض ثلاثة : تخيير وأمر بيد ، ومشيئة .

(قال لها اختاری أو أمرك بيدك ينوى) تفويض (الطلاق) لأنها كناية فلا يعملان بلا نية (أو طلقى نفسك فلها أن تطلق فى مجلس علمها به) مشافهة أو إخبارا (وإن طال) يوما أو أكثر مالم يوقته ويمضى الوقت

غيره أبو السعود (قوله تفويض وتوكيل) المراد بالتفويض تمليك الطلاق كما يأتى .

وذكر فى الفتح فى فصل المشيئة أن صاحب الهداية جعل مناط الفرق بين التمليك والتوكيل مرة بأن المالك يعمل برأى نفسه بخلاف الوكيل، ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه ، ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه بخلافه . قال : والفرق بين الرأى والمشيئة أن العمل بالرأى عمل بما يراه أصوب بلا اعتبار كونه لنفسه أو غيره ، والعمل بمشيئته أى باختياره ابتداء بلا اعتبار مطابقة أمر الآمر ولا اعتبار معنى الأصوبية ، ثم قال بعد مابحث فى الأولين أن الفرق الثالث أصوب (قوله ورسالة) كأن يقول لرجل : اذهب إلى فلانة وقل لها إن زوجك يقول لك اختارى ، فهو ناقل لكلام المرسل لامنشىء لكلامه بخلاف المالك والوكيل، لأنهم قالوا : إن الرسول معبر وسفير هذا ماظهر لى (قوله ثلاثة) أى بالاستقراء بدأ المصنف منها بالاختيار لثبوته بصريح الإخبار ولم يجعل له فصلا على حدة كصاحب الهداية لأنه لم يسبقه شىء يفصل به عما قبله بخلاف الأخيرين ، فاكتفى فيه بالباب نهر .

وحاصله أن التفويض أعم فناسب أن يترجم له بالباب ، والثلاثة أنواعه فناسب أن يترجم لكل منها بفصل لكن لم يترجم به للتخيير لأنه لم يسبقه كلام ، وبه ظهر أن ترجمة المصنف للثانى بالباب غير مناسبة (قوله قال لها اختارى) أشار بعدم ذكر قبولها إلى أنه تمليك يتم بالمملك وحده فلو رجع قبل انقضاء المجلس لم يصح ، وقيد باقتصاره على التخيير المطلق لأنه لو قال لها اختارى الطلاق فقالت اخترت الطلاق فهى واحدة رجعية لأنه لما صرح بالطلاق كان التخيير بين الإتيان بالرجعى وتركه ط عن البحر (قوله أو أمرك بيدك) لاحاجة إليه لذكر أحكام الأمر باليد فى فصل مستقل يأتى ط (قوله تفويض الطلاق) دل على هذا المضاف عقد الباب له كما فى النهر (قوله لأنهما كناية) أى من كنايات التفويض شرنبلالية (قوله فلا يعملان بلا نية) أى قضاء وديانة فى حالة الرضا ، أما فى حالة الغضب أو المذاكرة فلا يصدق قضاء فى أنه لم ينو الطلاق لأنهما مما تمحض للجواب كما مر ولا يسعها المقام معه إلا بنكاح مستقبل لأنها كالقاضى ، أفاده فى الفتح والبحر .

ثم اعلم أن اشتراط النية إنما هو فيما إذا لم يذكر النفس أو مايقوم مقامها فى كلامه ، وإنما ذكرت فى كلامها فقط كما يأتى تحريره ، فتنبه لذلك فإنى لم أر من نبه عليه (قوله أو طلقى نفسك) هذا تفويض بالصريح ولا يحتاج إلى نية والواقع به رجعى ، وتصح فيه نية الثلاث كما سيذكره المصنف أول فصل المشيئة (قوله فى مجلس علمها) أفاد أنه لااعتبار بمجلسه ، فلو خيرها ثم قام هو لم يبطل ، بخلاف قيامها بحر عن البدائع ط (قوله مشافهة) أى فى الحاضرة أو إخبارا فى الغائبة منصوبان على الحالية من علمها (قوله مالم يوقته الخ) فلو قال : جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها فى هذا اليوم ، فلو مضى اليوم ثم علمت خرج الأمر عن يدها ، وكذا كل وقت قيد التفويض به وهى غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها فتح وبحر ، وسيأتى فروع فى التوقيت آخر الباب وأنه لايبطل الموقت بالإعراض (قوله ويمضى الوقت) معطوف على يوقته المجزوم ، وإثبات الياء فيه من تحريف النساخ أو على لغة كما هو أحد الأوجه التى يجاب بها عن قوله تعالى — إنه من يتق ويصبر — فى قراءة رفع يصبر ؛ فالمعنى لها أن تطلق فى المجلس وإن طال مدة عدم توقيته ، ومضى الوقت بأن لم يوقته أو وقته ولم يمض ، فإن وقته ومضى سقط الخيار ، وأما جعله مرفوعا والواو فيه للحال فهو فاسد صناعة ومعنى ؛ أما الأول فلأن

قبل علمها (مالم تقم) لتبدل مجلسها حقيقة (أو) حكما بأن (تعمل مايقطعه) مما يدل على الإعراض ، لأنه تمليك فيتوقف على قبولها فى المجلس لا توكيل ، فلم يصح رجوعه ، حتى لو خيرها ثم حلف أن لايطلقها فطلقت لم يحنث فى الأصح (لا) تطلق (بعده) أى المجلس (إلا إذا زاد) على قوله طلقى نفسك

جملة الحال التى فعلها مضارع مثبت لاتقترن بالواو ، وأما الثانى فلصيرورة المعنى مدة لم يوقت فى حال مضى الوقت وإذا لم يوقت كيف يمضى الوقت فافهم ، نعم فى بعض النسخ فبمضى الوقت بالفاء والباء الجارة للمصدر والمعنى فإن وقت فينتهى المجلس بمضى الوقت (قوله قبل علمها) ليس قيدا احترازيا بل هو تنبيه على الأخفى ليعلم مقابله بالأولى كما هو عادة الشارح فى مواضع لاتحصى فافهم (قوله مالم تقم الخ) الأولى أن يذكر له عاطفا يعطفه على قوله مالم يوقته ، ولو قال مالم تفعل مايدل على الإعراض لكان أخصر وأفود ، ليصح عطف قوله أو حكما على حقيقة ، ولأنه يغنيه عن قوله أو تعمل مايقطعه ، ولأن بطلانه بكل قيام مطلقا قول البعض. والأصح كما فى البحر والنهر أنه لابد أن يدل على الإعراض ، وأثر الخلاف يظهر فيما لو قامت لتدعو الشهود كما يأتى ، ولو أقامها أو جامعها بطل كما يأتى لتمكنها من المبادرة إلى اختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الإعراض (قوله لتبدل مجلسها حقيقة) أفاد أن القيام يختلف به المجلس حقيقة وهو خلاف مافى إيضاح الإصلاح ، فإنه قال : إن المجلس وإن لم يتبدل بمجرد القيام إلا أن الخيار يبطل به لأنه يدل على الإعراض ، وهذا ظاهر من كلام صاحب الهداية .

وفى التبيين : المجلس يتبدل تارة حقيقة بالتحول إلى مكان آخر ، وتارة حكما بالأخذ فى عمل آخر اه ط .

قلت : وكأن الشارح حمل القيام على التحول فإنه يقال قام عن مجلسه إذا تحول عنه لامجرد القيام عن قعود ، لما علمت من أن بطلانه بكل قيام مطلقا خلاف الأصح (قوله مما يدل على الإعراض) قيد به لأنه لو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لايبطل خيارها لأن اللبس قد يكون لتدعو شهودا ، والعطش قد يكون شديدا يمنع من التأمل ، ودخل فى العمل الكلام الأجنبى ، وهذا فى التخيير المطلق ، أما الموقت بشهر مثلا فلا يبطل بذلك مادام الوقت باقيا كما مر ، أفاده فى البحر ويأتى تمام الكلام فيما يكون إعراضا ومالا يكون (قوله فيتوقف على قبولها فى المجلس) أراد بالقبول الجواب ، والضمير فى يتوقف عائد على التطليق المفهوم من قوله فلها أن تطلق لا على التمليك لما صرحوا به من أن هذا التمليك يتم بالمملك وحده ، ولا يتوقف على القبول لكونها تطلق بعد التفويض وهو بعد تمام التمليك كما أوضحه فى الفتح والنهر ، وبه علم أن هذا التمليك لايتوقف تمامه على القبول ولا على الجواب فى المجلس ، لأن الجواب : أى التطليق بعد تمامه وإنما المتوقف على الجواب هو صحة التطليق فافهم (قوله فلم يصح رجوعه) تفريع على كونه ليس توكيلا ، فإن الوكالة غير لازمة فلو كان توكيلا لصح عزلها . قال فى البحر عن جامع الفصولين : تفويض الطلاق إليها ، قيل هو وكالة يملك عزلها والأصح أنه لايملكه اه لكن إذا كان تمليكا لايلزم منه عدم صحة الرجوع كما فى المعراج قال لانتقاضه بالهبة فإنها تمليك ويصح الرجوع اه .

وعلل له فى الذخيرة بأنه بمعنى اليمين ، إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها واعترضه فى الفتح بأن هذا يجرى فى سائر الوكالات لتضمنه معنى إذا بعته فقد أجزته مع أن الرجوع عنها صحيح وإنما العلة هى كونه تمليكا يتم بالمملك وحده بلا قبول ، وتمامه فى النهر فافهم (قوله حتى لو خيرها الخ) تفريع ثان على عدم كونه توكيلا بل هو تمليك فإن علة الحنث وهو قول محمد كونها نائبة عنه وهو ممنوع كما فى الفتح عن الزيادات لصاحب المحيط أى لكونها صارت مالكة ، وعليه فلو وكل رجلا بطلاقها يحنث كما سيأتى فى الأيمان إن شاء الله تعالى عند ذكر مايحنث فيه بفعل

وأخواته (متى شئت أو متى ماشئت أو إذا شئت أو إذا ماشئت) فلا يتقيد بالمجلس (ولم يصح رجوعه) لما مر .

(و) أما فى (طلقى ضرتك أو) قوله لأجنبى (طلق امرأتى) ف (يصح رجوعه) منه ولم يتقيد بالمجلس لأنه توكيل محض ، وفى طلقى نفسك وضرتك كان تمليكا فى حقها توكيل فى حق ضرتها جوهرة (إلا إذا علقه بالمشيئة) فيصير تمليكا لا توكيلا .

والفرق بينهما فى خمسة أحكام : ففى التمليك لايرجع ولا يعزل ولا يبطل بجنون الزوج ويتقيد بمجلس لابعقل ، فيصح تفويضه لمجنون وصبى لايعقل ، بخلاف التوكيل بحر ، نعم لو جن بعد التفويض لم يقع فهنا تسومح ابتداء لا بقاء عكس القاعدة فليحفظ

مأموره (قوله وأخواته) الأولى وأختيه ، وهما : اختارى ؛ وأمرك بيدك . واعلم أن ماذكره المصنف هنا إلى قوله وجلوس القائمة سيذكره أيضا فى فصل المشيئة (قوله فلا يتقيد بالمجلس) أما فى متى ومتى مافلأنهما لعموم الأوقات فكأنه قال فى أى وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ، وأما فى إذا وإذا ما فإنهما ومتى سواء عندهما ، وأما عنده فيستعملان للشرط كما يستعملان للظرف لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك ح عن المنح (قوله لما مر) أى من أنه ليس توكيلا بل لو صرح بتوكيلها لطلاقها يكون تمليكا توكيلا كما فى البحر عن الفصولين (قوله أو قوله لأجنبى طلق امرأتى) قيد بالطلاق ، لأنه لو قال : أمر امرأتى بيدك يقتصر على المجلس ولا يملك الرجوع على الأصح بحر عن الخلاصة فى فصل المشيئة ولو جمع له بين الأمر باليد والأمر بالتطليق ففيه تفصيل مذكور هناك (قوله فيصح رجوعه) زاد الشارح الفاء لتكون فى جواب أما التى زادها قبل (قوله لأنه توكيل محض) أى بخلاف طلقى نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لاتوكيلا بحر (قوله كان تمليكا فى حقها) لأنها عاملة فيه لنفسها وقوله توكيلا فى حق ضرتها لأنها عاملة فيه لغيرها ، والظاهر أنه ليس من عموم المجاز ولا من استعمال المشترك فى معنييه لأن حقيقة قوله طلق واحدة وهى الأمر بالتطليق وإن اختلف الحكم المترتب عليه باختلاف متعلقه كما قال الآخر طلق امرأتى وامرأتك فإنه وكيل وأصيل فافهم (قوله فيصير تمليكا) فلا يملك الرجوع لأنه فوض الأمر إلى رأيه ، والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته والوكيل مطلوب منه الفعل شاء أو لم يشأ ط عن المنح (قوله لاتوكيلا) أى وإن صرح بالوكالة بحر عن الخانية (قوله لايرجع ولا يعزل) لايلزم من عدم ملك الرجوع عدم ملك العزل ؛ لأنه لو قال لأجنبى أمر امرأتى بيدك ثم قال عزلتك وجعلته بيدها لايصح عزله مع أنه لم يرجع عن التفويض بالكلية فافهم (قوله ولا يبطل بجنون الزوج) نظرا إلى أنه تعليق ط (قوله لابعقل) هو الخامس ط (قوله فيصح) تفريع على الخامس .

وبيانه مافى البحر عن المحيط : لو جعل أمرها بيد صبى لايعقل أو مجنون فذلك إليه مادام فى المجلس ، لأن هذا تمليك فى ضمنه تعليق ، فإن لم يصح باعتبار التمليك يصح باعتبار معنى التعليق ، فصححناه باعتبار التعليق ، فكأنه قال : إن قال لك المجنون أنت طالق فأنت طالق ، وباعتبار معنى التمليك يقتصر على المجلس عملا بالشبهين اهـ ط .

قال فى الذخيرة : ومن هذا استخرجنا جواب مسألة صارت واقعة الفتوى . صورتها : إذا قال لامرأته الصغيرة أمرك بيدك ينوى الطلاق فطلقت نفسها صح ، لأن تقدير كلامه : إن طلقت نفسك فأنت طالق (قوله وصبى لايعقل) بشرط أن يتكلم ، فيصح أن يوقع عليها الطلاق ولا يلزم من التعبير العقل ط عن البحر (قوله بخلاف التوكيل) أى فى المسائل الخمس ، لكن فى الأخيرة بحث سأذكره فى فصل المشيئة (قوله نعم لو جن) أى المفوّض إليه ط (قوله فهنا تسومح الخ) نظيره كما فى البحر من فصل المشيئة : لو جن الوكيل بالبيع جنونا

(وجلوس القائمة واتكاء القاعدة وقعود المتكئة ودعاء الأب) أو غيره (للمشورة) بفتح فضم المشاورة (و) دعاء (شهود للإشهاد) على اختيارها الطلاق إذا لم يكن عندها من يدعوهم ، سواء تحولت عن مكانها أولا فى الأصح خلاصة (وإيقاف دابة هى راكبتها لايقطع) المجلس ، ولو أقامها أو جامعها مكرهة بطل لتمكنها من الاختيار (والفلك لها كالبيت وسير دابتها كسيرها) حتى لا يتبدل المجلس بجرى الفلك ، ويتبدل بسير الدابة لإضافته إليه إلا أن تجيب مع سكوته أو يكون فى محل يقودهما الجمال فإنه كالسفينة .

يعقل فيه البيع والشراء ثم باع لاينعقد بيعه ، بخلاف ما لو وكل مجنونا بهذه الصفة ؛ لأنه فى الأول كان التوكيل ببيع تكون العهدة فيه على الوكيل وبعد ماجن تكون العهدة على الموكل فلا ينفذ، وفى الثانى إنما وكل ببيع عهدته على الموكل فينفذ عليه كما فى الخانية وفى تفويض الطلاق وإن كان لاعهدة أصلا ، لكن الزوج حين التفويض لم يعلق إلا على كلام عاقل ، فإذا طلق وهو مجنون لم يوجد الشرط ، بخلاف ما إذا فوض إلى مجنون ابتداء وإن لم يعقل أصلا فإنه يصح باعتبار معنى التعليق ، وفى التوكيل بالبيع لا يصح إلا إذا كان يعقل البيع والشراء كما مر وكأنه بمعنى المعتوه ومن فرعى التفويض والتوكيل بالبيع ظهر أنه تسومح فى الابتداء مالم يتسامح فى البقاء ، وهو خلاف القاعدة الفقهية من أنه يتسامح فى البقاء مالم يتسامح فى الابتداء اه مافى البحر ملخصا .

قلت : وهذه القاعدة عبر عنها فى الأشباه بقوله : الرابعة يغتفر فى التوابع مالا يغتفر فى غيرها، ثم فرع عليها فروعا ، ثم فرع على عكسها فرعين غير هذين الفرعين ، فتصير فروع العكس أربعة بزيادة هذين الفرعين(قوله وجلوس القائمة) فى جامع الفصولين : ولو مشت فى البيت من جانب إلى جانب لم يبطل اه . قال فى البحر : ومعناه أن يخيرها وهى قائمة فمشت من جانب إلى آخر ، أما لو خيرها وهى قاعدة فى البيت فقامت بطل خيارها بمجرد قيامها لأنه دليل الإعراض اه .

قلت : وفيه أن هذا قول البعض وأن الأصح أنه لابد أن يكون مع القيام دليل الإعراض كما مر (قوله واتكاء القاعدة) أما لو اضطجعت ، فقيل لايبطل وقيل إن هيأت الوسادة كما يفعل للنوم بطل بحر عن الخلاصة (قوله للمشورة) فلو دعته لغيرها بطل ، لما مر من أن الكلام الأجنبى دليل الإعراض (قوله بفتح وضم) أى فتح الميم وضم الشين ، وكذا بسكون الشين مع فتح الميم والواو كما فى المصباح(قوله إذا لم يكن عندها من يدعوهم) صادق بما إذا لم يكن عندها أحد أصلا أو عندها ولا يدعوهم ، فلو عندها من يدعوهم فدعت بنفسها بطل ، والظاهر أن هذا الحكم يجرى فى دعاء الأب للمشورة ط (قوله فى الأصح) وقيل إن تحولت بطل بناء على أن المعتبر إما تبدل المجلس أو الإعراض ، والأصح اعتبار الإعراض أفاده فى البحر(قوله لتمكنها من الاختيار)أى اختيارها نفسها ، فعدم ذلك دليل الإعراض بحر (قوله والفلك) أى السفينة(قوله حتى لايتبدل الخ) لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها بل إلى غيره من الريح ودفع الماء ، فلا يبطل الخيار بسيرها بل بتبدل المجلس فتح (قوله إلا أن تجيب مع سكوته) لأنها لايمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكما ، لأن اتحاد المجلس إنما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد إذا كان بلا فصل ، كذا فى الفتح . وفسر الإسراع فى الخلاصة بأن يسبق جوابها خطوتها نهر ، وظاهر قول الفتح فلا يتبدل حكما أنه لايشترط هذا السبق لأنه لايحصل به التبدل لاحقيقة ولا حكما (قوله فإنه كالسفينة) يعنى بجامع أن السير فى كل منهما غير مضاف إلى راكب ، وقياس هذا أنها لو كانت على دابة وثمة من يقودها أن لايبطل بسيرها نهر ، وأقره الرملى .

قلت : قد يقال إنه قياس مع الفارق فإنهما لو كانا فى محمل يقودهما آخر ينسب السير إلى القائد لعدم تمكن

(وفى اختارى نفسك لا تصح نية الثلاث) لعدم تنوع الاختيار ؛ بخلاف أنت بائن أو أمرك بيدك (بل تبين بواحدة (إن قالت اخترت) نفسى (أو) أنا (أختار نفسى) استحسانا ، بخلاف قوله طلقى نفسك فقالت أنا طالق أو أنا أطلق نفسى لم يقع لأنه وعد جوهرة ،

راكب المحمل من تسيير الدابة بخلاف راكب الدابة فإنه يمكنه التسيير فينسب إليه وإن قاده غيره تأمل. قال الرحمتى وينبغى أن الدابة لو جمحت وعجزت عن ردها أن تكون كالسفينة ، لأن فعلها حينئذ لا ينسب إلى الراكب كما يأتى فى الجنايات .

[تتمة] لا يبطل خيارها فيما لو نامت قاعدة أو كانت تصلى المكتوبة أو الوتر فأتمتها ، أو السنة المؤكدة فى الأصح أو ضمت إلى النافلة ركعة أخرى ، أو لبست من غير قيام ، أو أكلت قليلا ، أو شربت ، أو قرأت قليلا ، أو سبحت أو قالت لم لا تطلقنى بلسانك . قال فى الفتح : لأن المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الأول وإفاضة فى غيره ، وليس هذا كذلك بل الكل يتعلق بمعنى واحد وهو الطلاق ، وتمامه فى النهر (قوله لعدم تنوع الاختيار) لأن اختيارها إنما يفيد الخلوص والصفاء ، والبينونة تثبت به مقتضى ولا عموم له نهر أى معنى اخترت نفسى اصطفيتها من ملك أحد لها وذلك بالبينونة فصارت البينونة مقتضى وهو ما يقدر ضرورة تصحيح الكلام ؛ فإن اصطفاءها نفسها مع ملك الزوج لا يمكن فيقدر لأنى أبنت نفسى ؛ والمقتضى لا عموم له لأنه ضرورى فيقدر بقدر الضرورة وهو البينونة الصغرى إذ بها تستخلص نفسها وتصطفيها من ملك الزوج فلا تصح نية الكبرى لعدم احتمال اللفظ لها رحمتى (قوله بخلاف أنت بائن) لأنه ملفوظ به لا مانع من عمومه ؛ فإذا أطلق انصرف إلى الأدنى وهو البينونة الصغرى ولو نوى الكبرى صح لأنه نوى محتمل لفظه ؛ وكذا قوله أمرك بيدك ؛ ولا يصح إيقاع الرجعى به لأنه تفويض بلفظ الكناية والواقع بها البائن وهو يحتمل البينونتين فينصرف إلى الصغرى ؛ وإن نوى الكبرى فأوقعتها بلفظها أو بنيتها صح لما قلنا أفاده الرحمتى (قوله استحسانا) راجع إلى قوله أو أنا أختار نفسى : أى لو ذكرت بلفظ المضارع سواء ذكرت أنا أولا ، ففى القياس لا يقع لأنه وعد . ووجه الاستحسان قوله عائشة رضى الله عنهما لما خيرها النبى صلى الله عليه وسلم ، بل أختار الله ورسوله ، واعتبره صلى الله عليه وسلم جوابا ، لأن المضارع حقيقة فى الحال مجاز فى الاستقبال كما هو أحد المذاهب ، وقيل بالقلب ، وقيل مشترك بينهما ، وعلى الاشتراك يرجع هنا إرادة الحال بقرينة كونه إخبارا عن أمر قائم فى الحال وذلك ممكن فى الاختيار لأن محله القلب فيصح الإخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الإخبار كما فى الشهادة ، بخلاف قولها أطلق نفسى لا يمكن جعله إخبارا عن طلاق قائم ، لأنه إنما يقوم باللسان ، فلو جاز لقام به الأمران فى زمن واحد وهو محال ، وهذا بناء على أن الإيقاع لا يكون بنفس أطلق لعدم التعارف ، وقدمنا أنه لو تعورف جاز ، ومقتضاه أن يقع به هنا لأنه إنشاء لا إخبار ، كذا فى الفتح ملخصا . قال فى النهر وقيد المسألة فى المعراج بما إذا لم ينو إنشاء الطلاق ، فإن نواه وقع اه والمناسب التعبير بضمير المؤنث ، لأن المسألة هى قول المرأة أطلق نفسى تأمل (قوله أنا طالق) ليس هذا فى الجوهرة ولا فى البحر والنهر والمنح والفتح ، بل صرح فى البحر فى الفصل الآتى نقلا عن الاختيار وغيره ، وسيذكره الشارح أيضا هناك أنه يقع بقولها أنا طالق ، لأن المرأة توصف بالطلاق دون الرجل اه .

وعبارة الجوهرة : وإن قال طلقى نفسك فقالت أنا أطلق لم يقع قياسا واستحسانا اه ، نعم ذكر فى البحر فى فصل المشيئة عن الخانية ، قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا إن شئت فقالت أنا طالق لا يقع شىء اه لكن عدم الوقوع لأنه علق الثلاث على مشيئتها الثلاث ، ولا يمكن إيقاع الثلاث بلفظ طالق فلا يقع شىء لأنه لم يوجد المعلق عليه ، والذ

مالم يتعارف أو تنو الإنشاء فتح (وذكر النفس أو الاختيارة فى أحد كلاميهما شرط) صحة الوقوع بالإجماع (ويشترط ذكرها متصلا ، فإن كان منفصلا فإن فى المجلس صح) لأنها تملك فيه الإنشاء (وإلا لا) إلا أن يتصادقا على اختيار النفس فيصح وإن خلا كلامهما عن ذكر النفس درر والتاجية وأقره البهنسى والباقانى ، لكن رده الكمال ونقله الأكمل بقيل ، والحق ضعفه نهر .

(فلو قال اختارى اختيارة أو طلقة) أو أمك (وقع لو قالت اخترت) فإن ذكر الاختيارة كذكر النفس إذ التاء فيه للوحدة ،وكذا ذكر التطليقة وتكرار لفظ اختارى وقولها اخترت أبى أو أمى أو أهلى أو الأزواج يقوم

قال فى الذخيرة: لايقع إلا أن تقول أنا طالق ثلاثا ، وبه علم أن لفظ أنا طالق يصلح جوابا، وإنما لم يقع هنا لما قلنا فتدبر (قوله أو تنو) مضارع مبنى للمعلوم فاعله ضمير المرأة مجزوم بحذف الياء عطفا على يتعارف المبنى للمجهول ح ثم هذا ليس من عبارة الفتح بل من زيادة الشارح أخذا مما نقلناه آنفا عن النهر عن المعراج (قوله أو الاختيارة) مصدر اختارى . وأفاد أن ذكر النفس ليس شرطا بخصوصه بل هى أو مايقوم مقامها مما يأتى (قوله فى أحد كلاميهما) وإذا كانت النفس فى كلاميهما فبالأولى ، وإذا خلت عن كلاميهما لم يقع بحر (قوله بالإجماع) لأن وقوع الطلاق بلفظ الاختيار عرف بإجماع الصحابة وإجماعهم فى اللفظة المفسرة من أحد الجانبين ط عن إيضاح الإصلاح (قوله لأنها تملك فيه الإنشاء) أى فتملك تفسيره أيضا ط . قال فى البحر عن المحيط والخانية : لو قالت فى المجلس عنيت نفسى يقع لأنها مادامت فيه تملك الإنشاء (قوله إلا أن يتصادقا) ظاهره ولو بعد المجلس بحر (قوله والتاجية) نسبة إلى تاج الشريعة (قوله لكن رده الكمال) حيث قال الإيقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ، ولولا هذا لأمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد أن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل ، وإلا لوقع بمجرد النية مع لفظ لايصلح له أصلا كاسقنى اه (قوله ونقله الأكمل) أى فى العناية ط (قوله فلو قال الخ) تفريع على ماعلم من أن الشرط ذكر النفس أو مايقوم مقامها فى تفسير الاختيار (قوله إذ التاء فيه للوحدة) أى واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة ، بأن قال لها اختارى فقالت اخترت نفسى تقع واحدة ، ويتعدد أخرى كاختارى نفسك بثلاث تطليقات فقالت اخترت وقعن ، فلما قيد بالوحدة ظهر أنه أراد تخييرها فى الطلاق فكان مفسرا ولا يرد أن هذا مناقض لما مر من أن الاختيار لا يتنوع لأنه لايلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة إلى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر ، أفاده فى الفتح (قوله وكذا ذكر التطليقة) وتقع بائنة إن فى كلامها ، بأن قالت اخترت نفسى بتطليقة بخلافها فى كلامه فإنه يقع بها طلقة رجعية لأنه تفويض بالصريح . وتصح فيه نية الثلاث كما مر (قوله وتكرار لفظ اختيارى) لأن الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر فكان متعينا ط عن الإيضاح ، لكن فى كون التكرار مفسرا كالنفس كلام يأتى قريبا (قوله وقولها اخترت أبى الخ) لأن الكون عندهم إنما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ، بخلاف اخترت قومى أو ذارحم محرم لايقع ، وينبغى أن يحمل على ما إذا كان لها أب أو أم ، أما إذا لم يكن وكان لها أخ ينبغى أن يقع لأنها حينئذ تكون عنده عادة ، كذا فى الفتح . قال فى النهر : ولم أر مالو قالت اخترت أبى أو أمى وقد ماتا ولا أخ لها ، وينبغى أن يقع لقيام ذلك مقام اخترت نفسى اه .

والحاصل أن المفسر ثمانية ألفاظ : النفس ، والاختيارة والتطليقة ، والتكرار ، وأبى ، وأمى ، وأهلى ، والأزواج ويزاد تاسع وهو العدد فى كلامه ؛ فلو قال : اختارى ثلاثا فقالت اخترت يقع ثلاث ، لأنه دليل إرادة اختيار

مقام ذكر النفس والشرط ، ذكر ذلك فى كلام أحدهما كما مثلنا ، فلم يختص اختياره بكلام الزوج كما ظن ، ولو قالت اخترت نفسى وزوجى أو نفسى لا بل زوجى وقع ، وما فى الاختيار من عدم الوقوع سهو ، نعم لو عكست لم يقع اعتبار للمقدم وبطل أمرها كما لو عطفت بأو ، أو أرشاها لتختاره فاختارته أو قالت ألحقت نفسى بأهلى :

(ولو كررها) أى لفظة اختارى (ثلاثا) بعطف أو غيره (فقالت) اخترت أو (اخترت اختيارة أو اخترت الأولى أو الوسطى(١) أو الأخيرة يقع بلا نية)

الطلاق لأنه هو الذى يتعدد وقولها اخترت ينصرف إليه فيقع الثلاث ، أفاده فى البحر (قوله والشرط الخ) إنما اكتفى بذكر هذه الأشياء فى أحد الكلامين ، لأنها إن كانت فى كلامه تضمن جوابها إعادتها كأنها قالت فعلت ذلك وإن كانت فى كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة فى اللفظ العامل فى الإيقاع ، فإذا وجدت نية الزوج تمت علة البينونة فتثبت ، بخلاف ما إذا لم يذكر النفس ونحوها فى شىء من الطرفين ، لأن المبهم لا يفسر المبهم والإجماع المار ، وتمامه فى الفتح (قوله فلم يختص الخ)أخذه من القهستانى ح ، وكيف يختص مع مخالفته لقول المتون : وذكر النفس أو الاختيارة فى أحد كلاميهما شرط (قوله وما فى الاختيار) هو شرح المختار لمؤلفه (قوله من عدم الوقوع) أى فى مسألة الإضراب (قوله سهو) لمخالفته لما هو المنقول فى الكتب المعتمدة بحر (قوله لو عكست) بأن قالت اخترت زوجى لا بل نفسى أو قالت زوجى ونفسى بحر (قوله اعتبارا للمقدم) لعدم صحة الرجوع عنه (قوله وبطل أمرها) عطف على لم يقع ح : أى خرج الأمر من يدها فى مسألتى العكس (قوله كما لو عطفت بأو) أى فإنه لا يقع ويخرج الأمر من يدها لأن أو لأحد الشيئين فلم يعلم اختيارها نفسها ولا زوجها على التعيين ، فكان اشتغالا بما لا يعنيها فكان إعراضا اهـ ح (قوله أو أرشاها الخ) أى جعل لها مالا لتختاره فاختارته لا يقع ، ولا يجب المال لأنه رشوة إذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة فتح (قوله أو قالت الخ) قال فى البحر : ولو قال لها اختارى فقالت ألحقت نفسى بأهلى لم يقع كما فى جامع الفصولين ، وهو مشكل لأنه من الكنايات ، فهو كقولها أنا بائن اهـ ح وهذا ذكره فى البحر فى الفصل الآتى ، وسنذكر جوابه ثمة عند قوله وكل لفظ يصلح للإيقاع الخ (قوله بعطف) أى بواو أو فاء أو ثم . وفى شرح التلخيص للفارسى أنه فى العطف بثم لو اختارت نفسها قبل تكلم الزوج بالثانية وهى غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يقع بغيرها شىء بحر (قوله بلا نية) كذا فى الكنز والهداية والصدر الشهيد والعتابى ، ووجهه ما قاله الشارح من دلالة التكرار على إرادة الطلاق ، وكذا قال فى تلخيص الجامع الكبير والتعدد : أى التكرار خاص بالطلاق ، فأغنى عن ذكر النفس والنية لكن قال فى غاية البيان : إن المصرح به فى الجامع الكبير اشتراط النية وهو الظاهر اهـ . وذهب إليه قاضيخان ، وأبو المعين النسفى ، ورجحه فى الفتح بأن تكرار الأمر بالاختيار لا يصيره ظاهرا فى الطلاق لجواز أن يريد اختارى فى المال أو اختارى فى المسكن . قال فى البحر : والاختلاف فى الوقوع قضاء بلا نية مع الاتفاق ، على أنه لا يقع فى نفس الأمر إلا بها . والحاصل أن المعتمد رواية ودراية اشتراط النية دون النفس اهـ :

أقول : والذى مال إليه العلامة قاسم والمقدسى هو الأول ، وقول البحر باشتراط النية دون النفس فيه نظر ،

---

(١) (قول المصنف أو اخترت الأولى أو الوسطى الخ) قال أبو حنيفة لأنها ملكت الكل دفعة بدون ترتيب ، فلم تتحقق الأولية مثلا فيلغو ذكر الأولى الوسطى مثلا ويبقى قولها اخترت ، وهى لو اقتصرت عليه يقع الثلاث. وقال الطرفان يقع واحدة لأن قولها الأولى مثلا متضمن الفردية و الوصف بالأولية فكأنها قالت اخترت واحدة سابقة ، وحيث لا تحقق للوصف يلغو ويبقى قولها واحدة فتقع اهـ .

من الزوج لدلالة التكرار (ثلاثا) وقالا : يقع فى اخترت الأولى إلى آخره واحدة بائنة ، واختاره الطحاوى بحر ، وأقره الشيخ على المقدسى . وفى الحاوى القدسى : وبه نأخذ انتهى ، فقد أفاد أن قولهما هو المفتى به ، لأن قولهم وبه نأخذ من الألفاظ المعلم بها على الإفتاء . كذا بخط الشرف الغزى محشى الأشباه :

(ولو قالت) فى جواب التخيير المذكور (طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة) أو اخترت الطلقة الأولى (بانت بواحدة فى الأصح)

لأن من قال بعدم اشتراط النية بناء على التكرار دليل إرادة الطلاق يقول لا يشترط ذكر النفس أيضا بدلالة التكرار كما هو صريح عبارة التلخيص المارة وصريح ما مر أيضا من عدّ التكرار من المفسرات التسعة ، ومن قال باشتراط النية لم يجعل التكرار دليلا على إرادة الطلاق كما هو صريح كلام الفتح المار ، ومثله فى شرح الزيادات لقاضيخان ، فحيث لم يكن التكرار دليلا على إرادة الطلاق بقى لفظ الاختيار بلا مفسرا وتقدم الإجماع على اشتراطه ، فلزم من القول باشتراط النية اشتراط ذكر النفس ، ولا يحصل التفسير بالنية لما فى الفتح حيث قال : والإيقاع بالاختيار على خلاف القياس ، فيقتصر على مورد النص ؛ ولولا هذا لأمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية إن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه ، لكنه باطل اهـ نعم حيث كان الاختلاف المار إنما هو فى الوقوع قضاء ينبغى أن يقال إن ذكر الزوج النفس مع التكرار لا يشترط معه النية اتفاقا ، لما علمته من أن مناط الاختلاف هو أن التكرار هل يقوم مقام ذكر النفس فى الدلالة على إرادة الطلاق أولا ، فإذا وجد التصريح بذكر النفس تعينت الدلالة على إرادة الطلاق ، فلا يبقى محل للخلاف فى اشتراط النية قضاء ، لأن ذكر النفس يكذبه فى دعواه أنه لم ينو كما مر فى كنايات الطلاق من أن الدلالة أقوى من النية لكونها ظاهرة والنية باطنة ، فتعين كون الخلاف المار فى أنه هل تشترط النية فى صورة التكرار أولا تشترط ، محله ما إذا لم يذكر النفس أو مايقوم مقامها ، هذا ماظهر لى فى هذا المقام فتدبره فإنه مفرد ، ومن هنا ظهر لك أنه لاتنافى بين قوله هنا بلا نية وقوله فى أول الباب ينوى الطلاق ، لأن ماذكره أولا من اشتراط النية إنما هو فيما إذا لم تذكر النفس ونحوها من المفسرات فى كلام الزوج وإنما ذكرت فى كلام المرأة فتشترط النية لتتم علة البينونة كما قدمناه سابقا عن الفتح ، وقدمنا أن الغضب أو المذاكرة يقوم مقام النية فى القضاء :

أما إذا ذكرت النفس ونحوها فى كلامه فلا حاجة إلى النية فى القضاء لوجود مايختص بالبينونة ، وهل التكرار فى كلامه مفسر كالنفس فيغنى عن النية أولا ؟ فيه الخلاف الذى سمعته ، وأما إذا لم تذكر النفس أو نحوها لا فى كلامه ولا فى كلامها لايقع أصلا وإن نوى كما مر (قوله ثلاثا) يوجد فى بعض النسخ ذكرها قبل قوله بلا نية ، وهو الذى فى المنح ، وهو الأنسب لإفادته أن الثلاثة لاتشترط لها النية أيضا ط (قوله فى اخترت الأولى) قيد به لأن فى قولها اخترت أو اخترت اختيارة يقع ثلاث اتفاقا ، وكذا اخترت مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث فى قولهم بحر (قوله إلى آخره) أى أو الوسطى أو الأخيرة ، والمراد أنها قالت اخترت الأولى ، أو قالت اخترت الوسطى أو قالت الأخيرة . ويحتمل كون المراد أنها ذكرت الثلاثة مع العطف بأو (قوله وأقره الشيخ على المقدسى) فيه أن المقدسى فى شرحه على نظم الكنز إنما حكى القولين ثم ذكر توجيه قولهما وأعقبه بتوجيه قول الإمام (قوله فقد أفاد الخ) فيه أن قول الإمام مشى عليه أصحاب المتون وأخر دليله فى الهداية فكان هو المرجح عنده على عادته ، وأطال فى الفتح وغيره فى توجيهه ودفع مايرد عليه ، وتبعه فى البحر والنهر فكان هو المعتمد لأصحاب المتون والشروح ، فلا يعارضه اعتماد الحاوى القدسى (قوله فى جواب التخيير المذكور) أى المكرر ثلاثا كما فى النهر . وعبارة البحر : فى جواب قوله اختارى (قوله فى الأصح) الأنسب إبداله بقوله

لتفويضه بالبائن فلا تملك غيره (أمرك بيدك فى تطليقة أو اختارى تطليقة فاختارت نفسها طلقت رجعية) لتفويضه إليها بالصريح ، والمفيد للبينونة إذا قرن بالصريح صار رجعيا كعكسه قيد بفى ومثلها الباء بخلاف لتطلقى نفسك أو حتى تطلقى فهى بائنة ، كما لو جعل أمرها بيدها لو لم تصل نفقتى إليك فطلقى نفسك متى شئت فلم تصل فطلقت كان بائنا ، لأن لفظة الطلاق لم تكن فى نفس الأمر .

[فروع] قال الرجل خير امرأتى فلم تختر مالم يخيرها ، بخلاف أخبرها بالخيار لإقراره به . قال لها : أنت طالق إن شئت واختارى فقالت شئت واخترت وقع ثنتان .

قال اختارى اليوم وغدا اتحد ، ولو واختارى غدا تعدد .

هو الصواب ، لأن مافى الهداية وبعض نسخ الجامع الصغير من أنه يملك الرجعة جزم الشارحون بأنه غلط . ومافى البحر من أنه رواية رده فى النهر (قوله لتفويضه بالبائن) لأن لفظ التخيير كناية فيقع به البائن (قوله فلا تملك غيره) لأنه لاعبرة لإيقاعها بل لتفويض الزوج ؛ ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن أو الرجعى فعكست وقع ما أمر به الزوج بحر (قوله فاختارت نفسها) أشار إلى أن اخترت كما يصلح جوابا للاختيار يصلح جوابا للأمر باليد كما يأتى أفاده ط (قوله والمفيد للبينونة الخ) جواب عن سؤال هو أن كلا من أمرك بيدك واختارى يفيد البينونة فلا يجوز صرفه عنها إلى غيرها . قال السائحانى : ومن هنا يعلم أن قوله لزوجته روحى طالقة رجعى (قوله كعكسه) يعنى أن الصريح إذا قرن بالكناية كان بائنا نحو أنت طالق بائن ح (قوله بخلاف) الباء للسببية متعلق بقيد : أى إنما قيد بفى بسبب مخالفة الخ وقوله ومثلها الباء اعتراض ح (قوله فهى بائنة) لأنه فوض إليها بلفظ البائن ، وذكر الصريح علة أو غاية لا على أنه هو المفوض ، بخلاف فى لأنه جعل الأمر مظروفا فى التطليقة والباء هناء بمعنى «فى» رحمتى (قوله كما لو جعل أمرها بيدها) أى بأن قال أمرك بيدك لو لم الخ فقوله لو لم تصل شرط ، وقوله أمرك بيدك دليل جوابه وقوله فطلقى تفسير لكون أمرها بيدها ح (قوله لأن لفظة الطلاق) علة للمسائل الثلاث ط (قوله لم تكن فى نفس الأمر) أى فى نفس الأمر باليد : أى لم تكن معمولا له ، وليس المراد بنفس الأمر الواقع ح (قوله فلم تختر) يعنى لم يكن لها الخيار كما عبر به فى البحر ، وحيث ارتكب الشارح هذا التركيب كان عليه أن يحذف الفاء كما لايخفى ح . وفى بعض النسخ : فلا خيار لها ما لم يخيرها (قوله بخلاف أخبرها بالخيار) أى فقبل أن يخبرها سمعت الخبر فاختارت نفسها وقع ، لأن الأمر بالإخبار يقتضى تقدم المخبر عنه ، فكان هذا إقرارا من الزوج بثبوت الخيار لها بحر (قوله وقع ثنتان) إحداهما بالمشيئة وأخرى بالخيار لأنه فوض إليها طلاقين أحدهما صريح والآخر كناية والكناية حال ذكر الصريح لا تفتقر إلى نية بحر (قوله اتحد) حتى إذا ردت فى اليوم بطل أصلا هندية ومثله إذا قال اختارى فى اليوم وغد كما فى البحر ط (قوله ولو واختارى غدا) بأن قال اختارى اليوم واختارى غدا ، فهما خياران بقرينة إعادة ذكر الاختيار ط ، وسيأتى مايتحد وما يتعدد فى الباب الآتى (قوله قال اختارى اليوم الخ) لما ذكره معرفا انصرف إلى المعهود وهو الحاضر ولم يمكن تخييرها فى الماضى منه فكانت مخيرة إلى انقضائه ، وذلك بغروب الشمس فى اليوم وبرؤية الهلال فى الشهر وبتمام ذى الحجة فى السنة ، كما لو حلف لايكلمه اليوم أو الشهر أو السنة ، وأما لو نكره انصرف إلى كامله وكان ابتداؤه من حين التخيير فينتهى بمثله من الغد ، فيدخل مابينهما من الليل ضرورة مع أن الليل لا يتبع اليوم المفرد ، وكأن هذه المسألة مستثناة من ذلك رحمتى ، وما ذكره الشارح مأخوذ من الجوهرة .

وعبارة البحر فى الفصل الآتى عن الذخيرة : لو قال أمرك بيدك يوما أو شهرا أو سنة فلها الأمر من تلك الساعة

قال اختاري اليوم أو أمرك بيدك هذا الشهر خيرت فى بقيتهما ، وإن قال يوما أو شهرا فمن ساعة تكلم إلى مثلها من الغد وإلى تمام ثلاثين يوما ، ولو جعله لها رأس الشهر خيرت فى الليلة الأولى ويومها ،ولا يبطل المؤقت بالإعراض بل بمضىّ الوقت علمت أولا :

باب الأمر باليد

هو كالاختيار إلا فى نية الثلاث لاغير (إذا قال لها) ولو صغيرة لأنه كالتعليق بزازية (أمرك بيدك) أوبشمالك أو أنفك أو لسانك (ينوى ثلاثا) أى تفويضها (فقالت) فى مجلسها (اخترت نفسى بواحدة) أو قبلت نفسى ، أو اخترت أمرى ، أو أنت علىّ حرام ، أو منى بائن ، أو أنا منك بائن أو طالق

إلى استكمال المدة المذكورة اه وهذه العبارة تحتمل أن يكون المراد أنه يكمل من الليل أو يكمل من اليوم الثانى مع دخول الليل وعدمه ، لكن صرحوا فى الأيمان فى : لا أكلمه يوما بتكميله من اليوم الثانى مع دخول الليل كما مر عن الرحمتى (قوله وإلى تمام ثلاثين يوما) لأن التفويض حصل فى بعض الشهر فلا يمكن اعتبار الأهلة فيه فيعتبر بالأيام بالإجماع ذخيرة ، ومفهومه أنه لو كان حين أهلّ الهلال يعتبر بالهلال كما فى مسألة الإجارة (قوله فى الليلة الأولى ويومها) لأن الرأس الأول ، وتحت الشهر نوعان : الليل والنهار، فأول الليالى الليلة الأولى، وأول الأشهر اليوم الأول ط (قوله ولا يبطل المؤقت) أى الخيار المؤقت بيوم أو شهر أو سنة بالإعراض فى مجلس العلم بل بمضى الوقت المعين علمت بالتخيير أو لا ، أما الخيار المطلق فيبطل بالإعراض ط والله أعلم .

باب الأمر باليد

الأمر هنا بمعنى الحال واليد بمعنى التصرف بحر عن المصباح ، والمعنى باب بيان حال طلاق المرأة الذى جعله زوجها فى تصرفها ط ، وقدمنا أن المناسب الترجمة هنا بالفصل بدل الباب (قوله هو كالاختيار) أى فى اشتراط النية ، وذكر النفس أو مايقوم مقامها ، وعدم ملك الزوج الرجوع ، وتقيده بمجلس التفويض أو مجلس علمها إذا كانت غائبة أو بالمدة إذا كان مؤقتا (قوله إلا فى نية الثلاث) فإنها تصح هنا لافى التخيير ، لأن الأمر جنس يحتمل الخصوص والعموم ، فأيهما نوى صحت نيته . ومافى البدائع من عدم اشتراط ذكر النفس هنا مخالف لعامة الكتب كما فى البحر والنهر (قوله ولو صغيرة) هذه واقعة الفتوى التى قدمناها فى الباب المارّ عن الذخيرة (قوله لأنه كالتعليق) أى لأنه وإن كان تمليكا لكن فيه معنى التعليق كما مر بيانه فى التخيير (قوله أمرك بيدك) مثله المعلق ، كإن دخلت الدار فأمرك بيدك، فإن طلقت نفسها كما وضعت القدم فيها طلقت،وإن بعد مامشت خطوتين لم تطلق لأنها طلقت بعد ماخرج الأمر من يدها بحر عن المحيط .

وفى العتابية : وإن مشت خطوة بطل فيحمل على ما إذا كانت رجلها فوق العتبة والأخرى دخلت بها ، وما سبق على ما إذا كانت خارج العتبة فبأول خطوة لم تتعد أول الدخول ، وبالثانية تتعدى ويخرج الأمر من يدها مقدسى (قوله أو بشمالك الخ) وفى البزازية : أمرك فى عينيك وأمثاله يسأل عن النية بحر (قوله ينوى ثلاثا) أشار إلى أنه لابد من نية التفويض ديانة أو دلالة الحال قضاء كما في البحر،وسيأتى محترز قوله ثلاثا (قوله أى تفويضها) أى تفويض الثلاث ، وأشار إلى أن هذه الألفاظ كناية عن التفويض لاعن الإيقاع ، حتى لو نوى بها الإيقاع لم يقع لأن لفظها لايحتمل ذلك وهو ظاهر فى غير الأمر باليد ، أما هو فيحتمل الإيقاع لأنه إذا أبانها كان أمرها بيدها وكأنه لم يجعل كفاية عنه لعدم التعارف رحمتى (قوله فى مجلسها) استفيد هذا القيد من الفاء التعقيبية نهر ،

(وقعن) وكذا لو قال أبوها قبلتها خلاصة ، وينبغى أن يقيد بالصغيرة (وأعرتك طلاقك) وأمرك بيد الله ويدك وأمرى بيدك على المختار خلاصة (كأمرك بيدك) وذكر اسمه تعالى للتبرك ، وإن لم ينو ثلاثا فواحدة ؛ ولو طلقت ثلاثا فقال نويت واحدة ولا دلالة حلف وتقبل بينتها على الدلالة كما مر (واتحاد المجلس وعلمها) وذكر النفس أو مايقوم مقامها (شرط ، فلوجعل أمرها بيدها ولم تعلم) بذلك (وطلقت نفسها لم تطلق) لعدم شرطه خانية .

(وكل لفظ يصلح للإيقاع منه يصلح للجواب منها ومالا) يصلح للإيقاع منه (فلا) يصلح للجواب منها ، فلو قالت : أنا طالق أو طلقت نفسى وقع ، بخلاف طلقتك لأن المرأة توصف بالطلاق دون الرجل اختيار (إلا لفظ الاختيار خاصة)

وهذا قيد فى التفويض المطلق عن الوقت كما مر (قوله وقعن) أى الثلاث ، لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة للاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك تقع الثلاث نهر . أما طلقى نفسك فإن الإختيار لايصلح جوابا له كما يأتى فى الفصل الآتى (قوله وينبغى الخ) فيه نظر .

وعبارة الخلاصة عن المنتقى : لو جعل أمرها بيد أبيها فقال أبوها قبلتها طلقت ، وكذا لو جعل أمرها بيدها فقالت قبلت نفسى طلقت اه وفى مثل هذا لايتوقف على صغرها لأنه يصح أن يجعل الأمر بيد أجنبى وإن كانت بالغة ، وليس فى عبارة الخلاصة أنه جعل أمرها بيدها فقبل أبوها حتى يتأتى مابحثه الشارح تبعا لصاحب النهر رحمتى .

قلت : على أنه إذا جعل أمرها بيدها يكون فى معنى التعليق على اختيارها نفسها ، فلا يصح من أبيها ولو كانت صغيرة ، وكذا لو جعله بيد أبيها لايصح منها ولو كبيرة لعدم وجود المعلق عليه (قوله وذكر اسمه تعالى للتبرك) أى فتنفرد المخاطبة بالأمر (قوله وإن لم ينو ثلاثا) محترز قوله ينوى ثلاثا ، وهو صادق بأن لم ينو عددا أو نوى واحدة أو ثنتين فى الحرة فإنها تقع واحدة بائنة ، وقدمنا أنه لابد من نية التفويض إليها ديانة أو يدل الحال عليه قضاء بحر (قوله ولا دلالة) أما إذا وجدت الدلالة على الثلاث كمذاكرتها أو الإشارة بثلاث أصابع فيعمل بها ، وهذا أولى من قول النهر ، كما إذا كان فى حال الغضب أو مذاكرة الطلاق فإنه لايدل على نية الثلاث ط (قوله وتقبل بينتها على الدلالة) أى على الغضب أو المذاكرة مثلا ، ولا تقبل على النية إلا أن تقام على إقراره بها كما فى النهر عن العمادية (قوله كما مر) أى فى أول الكنايات ح (قوله أو مايقوم مقامها) كالاختيارة واخترت أمرى ط وكاخترت أبى أو أمى أو أهلى أو الأزواج كما يعلم مما مر فى التخيير والظاهر أيضا أن التكرار هنا مثله هناك (قوله فلو جعل أمرها بيدها الخ) محترز قوله وعلمها وترك الآخرين لظهورهما فلو اختارت نفسها بعد انقضاء المجلس لايقع ، وهذا إذا أطلق ، أما إذا وقته كأمرك بيدك يوما فلها الخيار مادام الوقت ، ولو قال لها أمرك بيدك فقالت اخترت ولم تقل نفسى ولا مايقوم مقامها لم يقع رحمتى (قوله لم تطلق) كالوكيل لايصير وكيلا قبل العلم بالوكالة حتى لو تصرف لايصح تصرفه ، بخلاف الوصى لأنه خلافة كالوراثة بزازية (قوله وكل لفظ الخ) نقل هذا الأصل فى البحر عن البدائع ، ولم أر من أوضحه .

والذى ظهر لى فى بيانه أنه ليس المراد تشخيص اللفظ بمادته وهيئته ولا بتغيير الضمائر والهيئات كما قيل : بل المراد أن تسند اللفظ إلى مالو أسنده إليه الزوج يقع به الطلاق ، فبهذا يكون مايصلح للإيقاع منه يصلح للجواب منها ، فقولها : أنت علىّ حرام أو أنت منى بائن أو أنا منك بائن يصلح للجواب كما مر ، لأنها أسندت الحرمة والبينونة فى الأولين إلى الزوج وهو لو أسندهما إليه يقع بأن قال : أنا عليك حرام أو أنا منك بائن ، وفى الثالث أسندت البينونة إلى

فإنه ليس من ألفاظ الطلاق ويصلح جوابا منها بدائع ، لكن يرد عليه صحته بقبولها وقبول أبيها كما مر فتدبر ، وفي قولها في جوابه (طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة) لما تقرر أن المعتبر تفويض الزوج لا إيقاعها .

(ولا يدخل الليل في) قوله (أمرك بيدك اليوم وبعد غد) لأنهما تمليكان (فإن ردت الأمر في يومها بطل الأمر في ذلك اليوم فكان أمرها بيدها بعد غد)

نفسها وهو لو أسندها إلى نفسها يقع بأن قال : أنت مني بائن ، وكذا قولها أنا طالق أو طلقت نفسي أسندت الطلاق إلى نفسها فيصح جوابا لأنه لو أسند الطلاق إليها يقع ، بخلاف قولها طلقتك ، ومثله قولها أنت مني طالق لأنها أسندت الطلاق إليه ، وهو لو أسنده إلى نفسه لم يقع ؛ فحيث لم يكن صالحا للإيقاع منه لم يصلح للجواب منها فهذا هو الصواب في تقرير هذا الضابط ، وبه سقط ماقيل إنه منقوض بهذا الأخير ، لأنه لو قال لها طلقتك يقع ، وهو مبني على أن المراد تغيير الضمائر والهيئات وليس كذلك بل المراد ماذكرنا .

ثم اعلم أن المراد من قولهم : كل ماصلح للإيقاع من الزوج مايصلح له بلا توقف على نية بعد طلبها منه الطلاق لما في جامع الفصولين : الأصل أن كل شيء من الزوج طلاق إذا سألته فأجابها به ، فإذا أوقعت مثله على نفسها بعد ماصار الطلاق بيدها تطلق ، فلو قالت : طلقني فقال أنت حرام أو بائن أو خلية أو برية تطلق ، فلو قالته بعد ماصار الطلاق بيدها تطلق أيضا ، ولو قالت له طلقني فقال الحقي بأهلك وقال لم أنو طلاقا صدق ، فلو قالته بعد ماصار الأمر بيدها بأن قالت ألحقت نفسي بأهلي لاتطلق أيضا اهـ أي لأنه من الكنايات التي تحتمل الرد فتتوقف على النية في حالة الغضب والمذاكرة ، فلا تتعين للإيقاع بعد سؤالها الطلاق إلا بالنية ، بخلاف حرام وبائن فإنه يقع بلا نية في حال المذاكرة ، وبه اندفع مافي البحر من استشكاله الفرق بين ألحقت نفسي وأنا بائن فافهم (قوله فإنه ليس من ألفاظ الطلاق) لأنه لو نوى به الإيقاع لم يقع لأنه كناية تفويض لا إيقاع ، لكنه ثبت بالإجماع على خلاف القياس كما مر ، ومثله : أمرك بيدك ، وإنما لم يستثنه لأنه لايصلح جوابا منها ، بأن تقول أمري بيدي كما صرح به في البحر (قوله لكن يرد عليه) أي على هذا الضابط صحته أي صحة الجواب منها بقولها قبلت أو قول أبيها ذلك إذا كان التفويض إليه مع أن القبول لايصلح للإيقاع منه ، وهذا الإيراد لصاحب البحر . وقد يجاب عنه بأن قولها قبلت عبارة عن اخترت نفسي فهو داخل تحت المستثنى (قوله لما تقرر الخ) علة لقوله بانت ، يعني وإن أجابت بالصريح الواقع به الرجعي ، لكن يقع بائنا لأن المعتبر تفويض الزوج ، وتفويضه إنما يكون بالبائن لأنها به تملك أمرها لا بالرجعي .

وأما علة وقوع الواحدة دون الثلاث فهي أن الواحدة في كلامها صفة لمصدر هو طلقة إذ خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر ، وبهذا وقع الفرق بين طلقت نفسي بواحدة واخترت نفسي بواحدة ، واندفع ماقيل إنه ينبغي وقوع الوحدة في الثاني أيضا ، وتمامه في الفتح (قوله ولايدخل الليل) أراد بالليل الجنس فيشمل الليلتين ، وكذا لايدخل اليوم الفاصل وسكت عنه لظهوره ح . وفي الحاوي القدسي : ولا يدخل الليلان وغد فيه (قوله لأنهما تمليكان) قال في البحر : لأن عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر في قصد تقييد الأمر المذكور بالأول وتقييد أمر آخر بالثاني ، فيصير لفظ اليوم مفردا غير مجموع إلى مابعده في الحكم المذكور لأنه صار عطف جملة على جملة : أي أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد ، ولو أفرد اليوم لايدخل الليل فكذا إذا عطف جملة أخرى اهـ ح (قوله فكان أمرها بيدها بعد غد) الذي شرح عليه المصنف وكان بالواو وهي

ولوطلقت ليلا لم يصح ولا تطلق إلا مرة (ويدخل) الليل (فى أمرك بيدك اليوم وغدا ، وإن ردته فى يومها لم يبق فى الغد) لأنه تفويض واحد .

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا فهما أمران) خانية ولم يذكر خلافا ؛ ولا يدخل الليل كما لايخفى .

[تنبيه] ظاهر مامر أنه يرتد بردها ، لكن فى العمادية أنه يرتد قبل قبوله لابعده

الأولى ط . قلت : وهى كذلك فى بعض النسخ (قوله ولو طلقت) مضعف مبنى للمعلوم حذف مفعوله ، يعنى ولو طلقت نفسها ليلا : أى فى إحدى الليلتين لايصح ، وهذا تصريح بما فهم من قوله ولا يدخل الليل ح (قوله ولا تطلق إلا مرة) أراد بهذا دفع مايتوهم من اقتضاء كونهما تمليكين جواز أن تطلق نفسها مرتين فى كل يوم مرة اهـ ح .

أقول : هذا يحتاج إلى نقل صريح بهذا المعنى ، لأن كونهما تمليكين يدل على أن لها أن تطلق نفسها اليوم بعد غد :

فى المنح : لما ثبت أنهما أمران لانفصال وقتهما ثبت لها الخيار فى كل واحد من الوقتين على حدة فبرد أحدهما لايرتد الآخر وفيه خلاف زفر اهـ فالظاهر أن مراد الشارح أنها لاتطلق فى كل يوم إلا مرة .

قال فى البدائع . ولواختارت نفسها فى الوقت مرة ليس لها أن تختار مرة أخرى ، لأن اللفظ يقتضى الوقت لاالتكرار ذكر ذلك فى بحث المؤقت كاليوم والشهر ، فإذا كان تمليكين فى وقتين فلها أن تختار فى كل واحد منهما مرة فقط ، ويدل عليه مانذكره قريبا عن البدائع أيضا فافهم (قوله وإن ردته الخ) عطف على قوله ويدخل الليل لبيان الفرق بين هذه المسألة والتى قبلها من وجهين : أحدهما أن لها أن تطلق نفسها ليلا . والثانى لو ردت الأمر اليوم لم تملكه فى الغد ، وبه علم أن العطف بالواو أحسن منه بالفاء فافهم (قوله لم يبق فى الغد) قال فى الهداية : هو ظاهر الرواية . وعن أبى حنيفة لها أن تختار نفسها غدا لأنها لاتملك رد الأمر كما لاتملك رد الإيقاع اهـ (قوله لأنه تفويض واحد) لأنه لم يفصل بينهما بيوم آخر وكان جمعا بحرف الجمع فى التمليك الواحد ، فهو كقوله أمرك بيدك يومين ، وفيه تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا بحر (قوله فهما أمران) قال فى البدائع : حتى لو اختارت زوجها اليوم أوردت الأمر فهى على خيارها غدا ، لأنه لما كرر اللفظ فقد تعدد التفويض فرد أحدهما لايكون ردا للآخر ، ولو اختارت نفسها فى اليوم الأول فطلقت ثم تزوجها قبل الغد فأرادت أن تختار نفسها فلها ذلك ، وتطلق أخرى لأنه ملكها بكل واحد من التفويضين طلاقا ؛ فالإيقاع بأحدهما لايمنع الإيقاع بالآخر اهـ فهذا دليل على ماذكرناه فى المسألة الأولى من أن لها أن تطلق فى كل يوم مرة واحدة (قوله ولم يذكر خلافا) أى لم يذكر فى الخانية خلافا فى كونهما أمرين ، فما فى الهداية من تخصيص أبى يوسف برواية ذلك عنه ليس لإثبات الخلاف وإنما هو لأنه مخرج الفرع المذكور كما فى الفتح (قوله ولا يدخل الليل) لأنه أثبت لها الأمر فى يوم مفرد والثابت فى اليوم الذى يليه أمر آخر فتح (قوله ظاهر مامر) أى من قوله فإن ردت الأمر فى يومها بطل الأمر فى ذلك اليوم ، وإنما قال ظاهر لاحتمال أن يراد برد الأمر اختيارها زوجها لاقولها رددته ، وستسمع التفصيل فيه ح (قوله لكن فى العمادية الخ) فيه اختصار ، فكان عليه أن يقول وفى الذخيرة أنه لايرتد ، ووفق فى العمادية الخ :

وبيان ذلك أن الحكم بصحة ردها مناقض لما فى الذخيرة من أنه لو جعل أمرها بيدها أو يد أجنبى ثم ردت

كالإبراء ، وأنه فى المتحد لايبقى فى الغد ، لكن فى الولوالجية : أمرك بيدك إلى رأس الشهر فقالت اخترت زوجى بطل خيارها فى اليوم ، ولها أن تختار نفسها فى الغد عند الإمام . ووجهه فى الدراية بأنه متى ذكر الوقت اعتبر تعليقا وإلا فتمليكا .

الأمر أو رده الأجنبى لايصح ، لأن هذا تمليك شىء لازم فيقع لازما ، والمسألة مروية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى اه .

قال العمادى فى فصوله : والتوفيق أنه يرتد بالرد عند التفويض لابعد قبوله نظيره الإقرار ، فإن من أقر لإنسان بشىء فصدقه المقر له ثم رد إقراره لايصح الرد اه ومشى على هذا التوفيق شراح الهداية واختار المحقق ابن الهمام فى الفتح توفيقا آخر ، وهو أن المراد بقولهم فإن ردت الأمر فى يومها بطل هو اختيارها زوجها اليوم ، وحقيقته انتهاء ملكها ، والمراد بما فى الذخيرة أن تقول رددت اه وإليه يرشد قول الهداية لأنها إذا اختارت نفسها اليوم لايبقى لها الخيار فى غد فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر . ووفق فى جامع الفصولين بأنه يحتمل أن يكون فى المسألة روايتان ، لأنه تمليك من وجه ، فيصح رده قبل قبوله نظرا إلى التمليك ، ولا يصح نظرا إلى التعليق لاقبله ولا بعده ، فرواية صحة الرد نظرا للتمليك وفساده نظرا للتعليق اه . واستظهره فى البحر ، وأيده بأنه فى الهداية نقل رواية عن أبى حنيفة بأنها لاتملك رد الأمر كما لاتملك رد الإيقاع ، وقال : فلا حاجة إلى ماتكلفه ابن الهمام والشارحون . وأورد قبل ذلك على ماقاله العمادى والشارحون أن قولها بعد القبول رددت إعراض مبطل لخيارها وتابعه على هذا الإيراد المقدسى فقال : وهذا عجيب حيث أبطلوه بما يدل على الإعراض والرد كالأكل والشرب ولم يبطلوه بصريح الرد اه .

أقول : هذا مدفوع بأن الكلام فى المؤقت وقد صرحوا بأنه لايبطل بالقيام عن المجلس والأكل والشرب مالم يمض الوقت ، بخلاف المطلق عن الوقت كما مر (قوله قبل قبوله) مصدر مضاف لمفعوله : أى قبول المرأة التفويض (قوله كالإبراء) أى عن الدين فإنه بعد ثبوته لايتوقف على القبول ، ويرتد بالرد لما فيه من معنى الإسقاط والتمليك فتح (قوله وأنه فى المتحد) عطف على قوله إنه يرتد بردها أى وظاهر مامر أيضا أنه فى المتحد ، مثل أمرك بيدك اليوم وغدا لايبقى فى الغد ، وفيه أن هذا منصوص فى كلام المصنف صريحا ، وقوله لكن الخ استدراك على قوله لايبقى فى الغد (قوله إلى رأس الشهر) أى الشهر الآتى (قوله بطل خيارها فى اليوم الخ) المراد باليوم والغد المجلس كما عبر به فى التتارخانية لاخصوص اليوم الأول والثانى (قوله ولها أن تختار نفسها فى الغد) أى فقد بقى مع أنه من المتحد ح (قوله عند الإمام) وكذا عند محمد . وقال أبو يوسف : خرج الأمر من يدها فى الشهر كله . وذكر فى البدائع أن بعضهم ذكر الخلاف على العكس : أى أنه يخرج الأمر فى الشهر كله عندهما لاعند أبى يوسف ، وكذا فى التتارخانية وقال إنه الصحيح (قوله بأنه متى ذكر الوقت) أى كأمرك بيدك اليوم وغدا أو إلى رأس الشهر اعتبر تعليقا أى والتعليق لايرتد بالرد وإلا : أى وإن لم يذكر الوقت كأمرك بيدك يعتبر تمليكا أى والتمليك يرتد قبل قبوله كما مر ، وفيه نظر من وجهين :

الأول أن القبول هنا بمعنى اختيارها أحد الأمرين نفسها أو زوجها ، فإذا قالت اخترت زوجى وجد القبول فلا تملك الرد بعده باختيارها نفسها فلا فرق حينئذ بين اعتبار التعليق والتمليك فليتأمل .

الثانى ماأورده ح من أن هذا التوجيه لايدفع التناقض بين مافى المتن ومافى الولوالجية لأنه يقتضى أن يبقى الأمر بيدها فى الغد إذا اختارت زوجها اليوم فى أمرك بيدك اليوم وغدا مع أنه خلاف مانص عليه المصنف . وأجاب ط بأن مقصود الشارح ثبوت التناقض لادفعه .

بقى لو طلقها بائنا هل يبطل أمرها إن كان التفويض منجزا ، نعم وإن معلقا كإن دخلت الدار فأمرك بيدك أو مؤقتا ، لاعمادية ؛ لكن فى البحر عن القنية : ظاهر الرواية أن المعلق كالمنجز .

[فروع] نكحها على أن أمرها بيدها صح ؛ ولو ادعت جعله أمرها بيدها لم تسمع إلا إذا طلقت نفسها بحكم الأمر ثم ادعته فتسمع .

قالت : طلقت نفسى فى المجلس بلا تبدل وأنكر فالقول لها .

أقول : والجواب عن التناقض أن الخلاف جار فى مسألة المتن أيضا كما قدمناه عن الهداية . وفى البدائع : ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا فهو على مامر من الاختلاف ، وصرح به الولوالجى أيضا فقال فى مسألة اليوم وغدا : لو ردت الأمر فى اليوم يبقى فى الغد . وفى الجامع الصغير لايبقى ، وعليه الفتوى اهـ وقد علمت مما مر من حكاية الخلاف فى مسألة الشهر أن الأمر لايبقى فى الغد عندهما خلافا لأبى يوسف فافهم (قوله بقى لو طلقها بائنا الخ) قيد بالبائن ، لأنه لو طلقها رجعيا بقى أمرها قولا واحدا ح وأراد الشارح الجواب عن مناقضة أخرى بين كلامهم فإن العمادى ذكر فى فصوله أنه لو قال أمرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج من يدها فى ظاهر الرواية ، وقال فى موضع آخر لايخرج ، ثم وفق بحمل الأول على التفويض المنجز والثانى على المعلق . قال فى النهر : وأصله مامر من أن البائن لايلحق البائن إلا إذا كان معلقا (قوله لكن فى البحر الخ) استدراك على توفيق العمادى ، فإنه صرح فى القنية بأنه إذا قال : إن فعلت كذا فأمرك بيدك ثم طلقها قبل وجود الشرط طلاقا بائنا ثم تزوجها يبقى الأمر فى يدها ثم رقم لايبقى فى ظاهر الرواية ، فهذا صريح فى أن المعلق يخرج كالمنجز فى ظاهر الرواية :

قال فى البحر : فالحق أن فى المسألة اختلاف الرواية ، وأن ظاهر الرواية بطلانه بالإبانة لو طلقت نفسها فى العدة لابعد زوج آخر لقولهم : إن زوال الملك بعد اليمين لايبطلها والتخيير بمنزلة التعليق . وأجاب فى النهر بأن مافى القنية مبنى على الطلاق ، وظاهر الرواية وهو مقيد بما مر من التوفيق .

قلت : ويؤيده مافى شرح المقدسى عن الخلاصة . قال السرخسى : قال لامرأته : اختارى ثم طلقها بائنا بطل الخيار ، وكذا الأمر باليد ، ولو رجعيا لايبطل ، أصله أن البائن لايلحق البائن ، فلو تزوجها فى العدة أو بعدها لايعود الأمر ، بخلاف ما إذا كان الأمر معلقا بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط .

وفى الإملاء : لو قال اختارى إذا شئت أو أمرك بيدك إذا شئت ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها واختارت نفسها عند أبى حنيفة تطلق بائنا . وعند أبى يوسف لا . قال الإمام السرخسى قوله ضعيف اهـ فظهر بهذا قوة ماوفق به فى الفصول .

فإن قلت : نفس الاختيار فيه معنى التعليق فينبغى أن لايكون فرق قلنا : الفرق بين التعليق الصريح ومافيه معنى التعليق ظاهر لايخفى على من عنده نوع تحقيق . ولبعضهم هنا كلام يغنى النظر إليه عن التكلم عليه اهـ . والظاهر أنه أراد بالبعض صاحب البحر ، فإن ماذكره من عدم الفرق بين المنجز والمعلق وتقييده البطلان بما إذا طلقت نفسها فى العدة لابعدها بناء على أن التخيير بمنزلة التعليق يرده صريح كلام السرخسى فافهم (قوله صح) مقيد بما إذا ابتدأت المرأة فقالت زوجت نفسى منك على أن أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أريد أو على أنى طالق فقال الزوج قبلت ، أما لو بدأ الزوج لاتطلق ولايصير الأمر بيدها كما فى البحر عن الخلاصة والبزازية (قوله لم تسمع) أى لعدم حصول ثمرته ط (قوله بحكم الأمر) الباء للسببية ، لأن حكم الشىء ثمرته وأثره المترتب عليه ، وحكم الأمر ملكها طلاق نفسها (قوله ثم ادعته) أى ادعت الجعل المذكور أو الطلاق (قوله فالقول لها) لأنه وجد

جعل أمرها بيدها ، إن ضربها بغير جناية فضربها ثم اختلفا فالقول له لأنه منكر وتقبل بينتها على الشرط المنفى كما سيجىء :

طلب أولياؤها طلاقها فقال الزوج لأبيها ماتريد منى ، افعل ماتريد وخرج فطلقها أبوها لم تطلق إن لم يرد الزوج التفويض والقول له فيه خلاصة :

لايدخل نكاح الفضولى مالم يقل إن دخلت امرأة فى نكاحى :

جعل أمرها بين رجلين فطلقها أحدهما لم يقع :

سببه بإقراره وهو التخيير ، فالظاهر عدم الاشتغال بشىء آخر بحر ، ولأنه لما أقر بالتخيير والطلاق صار بإنكاره مدعيا بطلان السبب والأصل عدمه ، وهذا بخلاف مالو قال لقنه جعلت أمرك بيدك فى العتق أمس فلم تعتق نفسك وقال القن فعلت لايصدق إذ المولى لم يقر بعتقه ، لأن جعل الأمر بيده لايوجب العتق مالم يعتق القن نفسه والمولى ينكره بخلاف الطلاق فإنه أقر به وادعى إبطاله فلم يقبل منه كما أوضحه فى البحر جوابا عما فى جامع الفصولين من أنه ينبغى عدم الفرق (قوله ثم اختلفا) أى قال ضربتها بجناية وقالت بدونها ، وينبغى أن يكون ذلك بعد اختيارها نفسها كما علم مما قبله (قوله فالقول له) لأنه ينكر صيرورة الأمر بيدها وإن لم يبين الجناية ، ولو أقامت بينة على أنه بغير جناية ينبغى أن تقبل وإن قامت على النفى ، لكونها على الشرط والشرط يجوز إثباته بالبينة وإن كان نفيا نهر عن العمادية (قوله كما سيجىء) أى فى باب التعليق عند قوله إلا إذا برهنت ح (قوله ماتريد منى) استفهام ، وقوله افعل ماتريد أمر (قوله لم تطلق الخ) أى لأنه وإن كان فى مذاكرة الطلاق لكنه لايتعين تفويضا لاحتمال التهكم أى افعل إن قدرت تأمل (قوله لايدخل نكاح الفضولى الخ) فى البحر عن القنية : إن تزوجت عليك امرأة فأمرها بيدك فدخلت امرأة فى نكاحه بنكاح الفضولى وأجاز بالفعل ليس لها أن تطلقها ، ولو قال إن دخلت امرأة فى نكاحى فلها ذلك ؛ وكذا فى التوكيل بذلك اهـ أى لأنه بعقد الفضولى مع عدم الإجازة بالقول لم يصدق أنه تزوجها بل صدق أنها دخلت فى نكاحه ، ومثل دخلت قوله تحل لى ، لكن سيذكر فى آخر كتاب الأيمان عدم الحنث مطلقا ، حيث قال : كل امرأة تدخل فى نكاحى أو تصير حلالا لى فكذا فأجاز نكاح فضولى بالفعل لايحنث ، ومثله إن تزوجت امرأة بنفسى أو بوكيلى أو بفضولى أو دخلت فى نكاحى بوجه ماتكن زوجته طالقا لأن قوله أو بفضولى عطف على قوله بنفسى وعامله تزوجت وهو خاص بالقول ، وإنما ينسد باب الفضولى لو زاد أو أجزت نكاح فضولى ولو بالفعل ، ولا مخلص له إلا إذا كان المعلق طلاق المتزوجة فيرفع الأمر إلى شافعى ليفسخ اليمين المضافة اهـ .

وحاصله أنه إما أن يعلق طلاق زوجته أو طلاق التى يتزوجها ، ففى الثانية يرفع الأمر إلى شافعى ، وعلم أن فى المسألة قولين . ووجه عدم الحنث فى : أو دخلت امرأة فى نكاحى أن دخولها لايكون إلا بالتزويج فكأنه قال إن تزوجتها وبتزويج الفضولى لايصير متزوجا ، بخلاف كل عبد دخل فى ملكى فإنه يحنث بعقد الفضولى ، فإن ملك اليمين لايختص بالشراء بل له أسباب سواه ، وقد ذكر المصنف القولين فى فتاواه ورجح القول بعدم الحنث ، وسيأتى إن شاء الله تعالى تمام الكلام على ذلك فى الأيمان (قوله لم يقع) لأنه تمليك منهما وهو فى معنى التعليق على فعلهما فلم يوجد المعلق عليه بفعل أحدهما ، والله تعالى أعلم .

فصل فى المشيئة

(قال لها طلقى نفسك ولم ينو أو نوى واحدة) أو ثنتين فى الحرة (فطلقت وقعت رجعية ، وإن طلقت ثلاثا ونواه وقعن) قيد بخطابها : لأنه لو قال طلقى أى نسائى شئت لم تدخل تحت عموم خطابه (وبقولها) فى جوابه

فصل فى المشيئة

هذا هو النوع الثالث من أنواع التفويض ، وليس المراد تعليق الطلاق على المشيئة صريحا بل مايشمله ويشمل الضمنى فقد قال فى كافى الحاكم : وإذا قال لها طلقى نفسك ولم يذكر فيه مشيئة فذلك بمنزلة المشيئة ، ولها ذلك فى المجلس اه أى لأنه موقوف على مشيئتها وتطليقها مشيئة ، ولذا قال فى الكافى : لو قال لها طلقى نفسك واحدة إن شئت فقالت قد طلقت نفسى واحدة فهى طالق ، وقد شاءت حيث طلقت نفسها اه .

وبما قررناه اندفع ما أورده فى النهر عن العناية من أن المناسب للترجمة الابتداء بمسألة فيها ذكر المشيئة ، ولا حاجة إلى ما أجاب عنه فى الحواشى السعدية ، من أن ذكر مافيه المشيئة منزل مما لم تذكر فيه منزلة المركب من المفرد يعنى والمفرد يسبق المركب فكذا مانزل منزلته اه وإن أقره فى النهر ، نعم يصلح هذا للجواب عما قد يقال لم ذكر مسائل المشيئة ضمنا قبل مسائل المشيئة صريحا وإن كان كل منهما مقصودا من هذا الباب فافهم (قوله أو نوى واحدة) لو حذف هذا العلم بالأولى نهر (قوله أو ثنتين فى الحرة) لأنهما فى حقها عدد محض ، بخلاف الأمة فتصح نية الثنتين فى حقها لأنهما فرد اعتبارى كالثلاث فى حق الحرة (قوله فطلقت) أى واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ، وكل مع عدم النية أصلا أو مع نية الواحدة أو الثنتين فى الحرة فهى تسعة ، والواقع فيها طلقة رجعية . أما فى الأمة فالصور أربع أفاده ح لأنها إما أن تطلق واحدة أو ثنتين ، وكل مع عدم النية أو مع نية الواحدة ، لكن قوله أو ثلاثا جار على قولهما بوقوع واحدة رجعية أما عند الإمام فإنها إذا طلقت ثلاثا ونوى واحدة أو لم ينو أصلا لايقع شىء ، لأن موجب طلقى هو الفرد الحقيقى فيثبت وإن لم ينوه ، والفرد الاعتبارى أعنى الثلاث محتملة لا يثبت إلا بنيته فإتيانها بالثلاث حينئذ اشتغال بغير مافوض إليها فلا يقع شىء كما أفاده فى الشرنبلالية ، ومقتضاه أنه إذا نوى ثنتين فطلقت ثلاثا لايقع عنده شىء أيضا فافهم (قوله ونواه) أى الثلاث ، وأفرد الضمير باعتبار المذكور ، أو لأنها فرد اعتبارى وقيد به احترازا عما إذا لم ينو أصلا أو نوى واحدة أو ثنتين فإنه لايقع شىء عنده كما علمت (قوله وقعن) أى الثلاث سواء أوقعتها بلفظ واحد أو متفرقا ، وإنما صح إرادة الثلاث لأن قوله طلقى نفسك معناه افعلى التطليق ، فهو مذكور لغة لأنه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم ، غير أن العموم فى حق الأمة ثنتان وفى حق الحرة ثلاث فتح ، وقوله أو متفرقا يدل على أنه لو نوى الثلاث فطلقت واحدة أو ثنتين وقع ، ويأتى التصريح بوقوع الواحدة فى طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة ، ويأتى تمامه (قوله قيد بخطابها) أى بقوله نفسك فافهم (قوله وبقولها فى جوابه الخ) اعلم أنه لو قال لها طلقى نفسك فقالت فى جوابه أبنت نفسى طلقت رجعية ، ولو قالت اخترت نفسى لم تطلق .

قال فى الفتح : وحاصل الفرق أن المفوّض الطلاق والإبانة من ألفاظه التى تستعمل فى إيقاعه كناية ، فقد أجاب بما فوّض إليها ، بخلاف الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق لاصريحا ولا كناية ، ولهذا لو قالت أبنت نفسى توقف على إجازته ، ولو قالت : اخترت نفسى فهو باطل ، ولا يلحقه إجازة وإنما صار كناية بإجماع الصحابة فيما إذا جعل جوابا للتخيير ، غير أنها زادت وصف تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الأصل اه وقوله

(أبنت نفسى طلقت) رجعية إن أجازه لأنه كناية (لا باخترت) نفسى وإن أجازه ، لأن الاختيار ليس بصريح ولا كناية (ولا يملك) الزوج (الرجوع عنه) أى عن التفويض بأنواعه الثلاثة ، لما فيه من معنى التعليق (وتقيد بالمجلس) لأنه تمليك (إلا إذا زاد متى شئت) ونحوه مما يفيد عموم الوقت فتطلق مطلقا ، وإذا قال لرجل ذلك أو قال لها طلقى ضرتك (لم يتقيد بالمجلس)

ولهذا الخ استدلال على إثبات الفرق فى مسألتنا باثباته في مسألة أخرى : وهى مالو ابتدأت وقالت أبنت نفسى بدون قوله لها طلقى نفسك وقع إن أجازه أى مع النية منه وكذا منها كما قدمناه قبيل الكنايات عن تلخيص الجامع وشرحه ولو ابتدأت وقالت اخترت نفسى لايقع وإن أجازه مع النية ، لأن اخترت لم يوضع كناية إلا في جواب التخيير ولهذا لو قال لها اخترتك ناويا الطلاق لم يقع ، بخلاف لفظ الإبانة ، وقوله غير أنها الخ بيان لوقوع الرجعى فى مسألتنا وبما قررناه ظهر لك أنه اشتبه على الشارح مسألة الابتداء بمسألة الجواب ، فالصواب إسقاط قوله إن أجاز ، وقوله بعده وإن أجازه ، لأن ذلك فيما إذا ابتدأت بقولها أبنت نفسى أو اخترت ، وقد ذكر المسألة قبيل الكنايات ، وكلامنا الآن فيما إذا قالت ذلك فى جواب قوله لها طلقى نفسك وذلك لا يتوقف على الإجازة أصلا ولا على نيتها الطلاق ، خلافا لما فى النهر عن التلخيص ، لأن مافى التلخيص من اشتراط نيتها إنما ذكره فى مسألة الابتداء لافى مسألة الجواب ، لأن قولها أبنت نفسى فى جواب قوله طلقى نفسك غير محتاج إلى النية . وأيضا فإن الواقع هنا رجعى وفى مسألة الابتداء بائن ، ورأيت ط نبه على بعض ما قلنا وكذا الرحمتى فافهم (قوله لأنه كناية) علة لقوله طلقت ، وأما علة كونها رجعية فتقدمت (قوله ولا كناية) أى ليس من كنايات الطلاق بل هو كناية تفويض : وإنما عرف جوابا للتخيير بلفظ اختارى بالإجماع وألحق به الأمر باليد ، بخلاف طلقى فإنه لايقع الاختيار جوابا .

قال فى البحر : وأفاد بعدم صلاحيته للجواب أن الأمر يخرج من يدها لاشتغالها بما لايعنيها كما فى الفتح ، ودل اقتصاره على نفى الاختيار أن كل لفظ يصلح للإيقاع من الزوج يصلح جوابا لطلقى نفسك كجواب الأمر باليد كما صرح به فى الخلاصة اه (قوله بأنواعه الثلاث) أى التخيير والأمر باليد والمشيئة (قوله لما فيه من معنى التعليق) أو لكونه تمليكا يتم بالمملك وحده بلا توقف على القبول كما علل به فى الفتح وقدمناه فى التفويض (قوله لأنه تمليك) أى وإن صرح بلفظ الوكالة ، كما إذا قال وكلتك فى طلاقك كما فى الخانية : أى لأنها عاملة لنفسها والوكيل عامل لغيره أفاده فى البحر . ثم قال : والظاهر أنه لافرق بين تعليق التطليق أو الطلاق فى حق هذا الحكم أى تقييده بالمجلس لما فى المحيط : إذا قال لها طلقى نفسك ولم يذكر مشيئة فهو بمنزلة المشيئة إلا فى خصلة ، وهى أن نية الثلاث صحيحة فى طلقى دون أنت طالق إن شئت اه وظاهره أنها إذا لم تشأ فى المجلس خرج الأمر من يدها اه (قوله ونحوه الخ) كإذا شئت أو إذا ماشئت أو حين شئت فإن لها أن تطلق فى المجلس وبعده ، لأن هذه الألفاظ لعموم الأوقات ، فصار كما إذا قال : فى أى وقت شئت ، وكلما كمتى مع إفادة التكرار إلى الثلاث ، بخلاف إن وكيف وحيث وكم وأين وأينما فإنه فى هذه يتقيد بالمجلس والإرادة والرضا والمحبة كالمشيئة ، بخلاف ما إذا علقه بشىء آخر من أفعالها كالأكل فإنه لايقتصر على المجلس نهر فى الجميع بحر فتأمله .

واعلم أنه متى ذكر المشيئة سواء أتى بلفظ يوجب العموم أولا إذا طلقت نفسها بلا قصد غلطا لايقع ، بخلاف ما إذا لم يذكرها حيث يقع . قال فى الفتح : وقدمنا مايوجب حمل ماأطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع قضاء لاديانة نهر (قوله مطلقا) أى فى المجلس وبعده (قوله وإذا قال لرجل ذلك) اسم الإشارة راجع

لأنه توكيل فله الرجوع إلا إذا زاد وكلما عزلتك فأنت وكيل (إلا إذا زاد إن شئت) فيتقيد به (ولا يرجع) لصيرورته تمليكا فى الخانية .

طلقها إن شاءت لم يصر وكيلا مالم تشأ ، فإن شاءت فى مجلس علمها طلقها فى مجلسه لاغير والوكلاء عنه غافلون .

(قال لها طلقى نفسك ثلاثا) أو ثنتين (وطلقت واحدة وقعت) لأنها بعض مافوضه ،

إلى الأمر بالتطليق : أى قال له طلق امرأتى ، قيد به احترازا عما لو قال له أمر امرأتى بيدك فإنه يقتصر على المجلس ولا يملك الرجوع على الأصح ، وكذا جعلت إليك طلاقها فطلقها يقتصر على المجلس ويكون رجعيا بحر ، وأراد بالرجل العاقل احترازا عن الصبى والمجنون لأنه لابد فى صحة التوكيل من عقل الوكيل كما صرح به فى كتاب الوكالة بخلاف ما إذا جعل أمرها بيد صبى أو مجنون فإنه يصح لأنه تمليك فى ضمنه تعليق ، فكأنه قال : إن قال لك المجنون أنت طالق فأنت طالق ، فهذا مما خالف فيه التمليك التوكيل ، أفاده فى البحر ، وتقدم ذلك فى باب التفويض ، لكن نقل فى البحر بعد ذلك عن البزازية : التوكيل بالطلاق تعليق الطلاق بلفظ الوكيل ، ولذا يقع منه حال سكره اه إلا أن يقال : إن هذا لاينافى اشتراط العقل لصحة التوكيل ابتداء ، لكن مقتضى التعليق بلفظ الوكيل عدم اشتراط عقله لوجود المعلق عليه بالتطليق ، وعليه فلا فرق بين التمليك والتوكيل فى ذلك فليتأمل (قوله إلا إذا زاد وكلما عزلتك الخ) أى فإنه لايقبل الرجوع ويصير لازما كما فى الخلاصة وغيرها نهر ، ومقتضاه أنه لايمكنه عزله لأنه من أنواع الرجوع ، ويخالفه مافى البحر عن الخانية : الصحيح أنه يملك عزله ، وفى طريقه أقوال . قال السرخسى : يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف إلى المعلق والمنجز ، وقيل يقول عزلتك كما وكلتك ، وقيل يقول رجعت عن الوكالات المعلقة وعزلتك عن الوكالة المطلقة (قوله فيتقيد به الخ) لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته هداية .

ثم اعلم أنه لو قال شئت لايقع ، لأن الزوج أمره بتطليقها إن شاء ولم يوجد التطليق بقوله شئت ، ولو قال هى طالق إن شئت فقال شئت وقع لوجود الشرط وهو مشيئته ، ولو قال طلقها فقال فعلت وقع لأنه كناية عن قوله طلقت بحر عن المحيط .

وفيه عن كافى الحاكم : لو وكله أن يطلق امرأته فطلقها الوكيل ثلاثا إن نوى الزوج الثلاث وقعن وإلا لم يقع شىء عنده ، وقالا تقع واحدة (قوله طلقها فى مجلسه لاغير) فلو قام من مجلسه بطل التوكيل هو الصحيح ، لأن ثبوت الوكالة بالطلاق بناء على مافوض إليها من المشيئة ومشيئتها تقتصر على المجلس فكذا الوكالة ، كذا فى الخانية . قال الحلوانى : ينبغى أن يحفظ هذا فإنه مما عمت به البلوى ، فإن الوكلاء يؤخرون الإيقاع عن مشيئتها ولايدرون أن الطلاق لايقع ، وهذا مما يستثنى من قوله لم يتقيد بالمجلس نهر وهذا مما يلغز به فيقال وكالة تقيدت بمجلس الوكيل بحر (قوله وطلقت واحدة) قال فى البحر : لافرق بين الواحدة والثنتين ولو قال : وطلقت أقل وقع ما أوقعته لكان أولى وأشار إلى أنها لو طلقت ثلاثا فإنه يقع بالأولى وسواء كانت متفرقة أو بلفظ واحد اه (قوله وقعت) أى رجعية لأن اللفظ صريح كذا فى بعض النسخ (قوله لأنها) أى الواحدة . وقال فى الفتح : لأنها لما ملكت إيقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ماشاءت كالزوج نفسه اه .

قال الرملى : مقتضاه أن فى مسألة ما إذا قال لها طلقى نفسك ونوى ثلاثا فطلقت ثنتين تقع ثنتان لأنها ملكت أيضا إيقاع الثلاث فكان لها أن توقع منها ماشاءت ، ولم أر من نبه عليه ، ويدل عليه قولهم فيها إنه لافرق بين إيقاعها

وكذا الوكيل مالم يقل بألف (لا) يقع شيء (فى عكسه) وقالا واحدة طلقى نفسك ثلاثا إن شئت فطلقت واحدة (و) كذا (عكسه لا) يقع فيهما لاشتراط الموافقة لفظا لما فى تعليق الخانية أمرها بعشر فطلقت ثلاثا أو بواحدة فطلقت نصفا لم يقع .

(أمرها ببائن أو رجعى فعكست فى الجواب وقع ماأمر) الزوج (به) ويلغو وصفها ،

الثلاث بلفظ واحد أو متفرقة ، فإنا عند التفريق قد حكمنا بوقوع الثانية قبل الثالثة ، فلو اقتصرنا على لا الثانية تقع الثنتان فقط ، فلو لم تملك الثنتين لما جاز التفويض تأمل اه (قوله وكذا الوكيل الخ) قال فى البحر : وفرق فى هذا الحكم بين التمليك والتوكيل ، فلو وكله أن يطلقها ثلاثا فطلقها واحدة وقعت واحدة ، فلو وكله أن يطلقها ثلاثا بألف درهم فطلقها واحدة لم يقع شيء إلا أن يطلقها واحدة بكل الألف كذا فى كافى الحاكم اه أى لأن الواحدة وإن كانت بعض مافوض إليه ، لكن الزوج لم يرض بالطلاق إلا بعوض مخصوص فلا يصح بدونه (قوله لايقع شيء فى عكسه) أى فيما إذا أمرها بالواحدة فطلقت ثلاثا بكلمة واحدة عند الإمام ، أما لو قالت واحدة وواحدة وواحدة وقعت واحدة اتفاقا لامتثالها بالأولى ويلغو مابعده ، وكذا لو قال أمرك بيدك ينوى واحدة فطلقها نفسها ثلاثا . قال فى المبسوط : تقع واحدة اتفاقا ، لأنه لم يتعرض للعدد لفظا واللفظ صالح للعموم والخصوص ، وتمامه فى البحر (قوله وقالا واحدة) أى تقع واحدة (قوله طلقى نفسك الخ) لافرق فى المعلق بالمشيئة بين كونه أمرا بالتطليق أو نفس الطلاق ، حتى لو قال لها أنت طالق ثلاثا : إن شئت أو واحدة إن شئت فخالفت لم يقع شيء بحر (قوله وكذا عكسه) بأن يقول طلقى نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثا بحر (قوله لايقع فيهما) بلا خلاف فى الأولى ، لأن تفويض الثلاث معلق بشرط هو مشيئتها إياها ، لأن معناه إن شئت الثلاث فلم يوجد الشرط ، لأنها لم تشأ إلا واحدة ، بخلاف ما إذا لم يقيد بالمشيئة ، ودخل فى كلامه ما لو قالت شئت واحدة وواحدة وواحدة منفصلا بعضها عن بعض بالسكوت لأنه فاصل فلم توجد مشيئة الثلاث ، بخلاف المتصلة بلا سكوت لأن مشيئة الثلاث قد وجدت بعد الفراغ من الكل وهى فى نكاحه ، ولافرق بين المدخولة وغيرها وأما الثانية فعدم الوقوع فيها قول الإمام ، وعندهما تقع واحدة بحر (قوله لاشتراط الموافقة لفظا) إنما تشترط الموافقة لفظا فيما هو أصل لافيما هو تبع وهنا كذلك لأن الإيقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف ، فإذا أمرها بثلاث أو بالواحدة فعكست تكون قد خالفت فى الأصل الذى به الإيقاع ، بخلاف مامر من أنه لو قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى فإنها تطلق لأنها خالفت فى الوصف فقط فيلغو ويقع الرجعى كما مر ، لكن هذا يقتضى عدم الفرق بين المعلق بالمشيئة وغيره مع أنه تقدم فى غير المعلق بها كطلقى نفسك ثلاثا وطلقت واحدة أنه يقع واحدة ، إلا أن يقال إن اشتراط الموافقة لفظا خاص بالمعلق بالمشيئة فيكون تعليقا بالإتيان بصورة اللفظ كما يفيده مايذكره الشارح قريبا عن الخانية فليتأمل (قوله لما فى تعليق الخانية) عبارته على مافى البحر : طلقى نفسك عشرا إن شئت فقالت طلقت نفسى ثلاثا لايقع ثم قال : لو قال لها أنت طالق واحدة إن شئت فقالت شئت نصف واحدة لاتطلق اه وبه علم أن الشارح أسقط قيد المشيئة وجه عدم الوقوع المخالفة فى اللفظ وإن وافق فى المعنى ، لأن العشرة لايقع منها إلا ثلاثة والنصف يقع واحدة (قوله أمرها ببائن أو رجعى الخ) بأن قال لها طلقى نفسك بائنة فقالت طلقت نفسى رجعية ، أو قال لها رجعية فقالت طلقت نفسى بائنة ، وشمل ما إذا قالت أبنت نفسى لأنه راجع لما قبله ، وقد فرق بينهما قاضيخان فى حق الوكيل فقال رجل قال لغيره طلق امرأتى رجعية فقال لها الوكيل طلقتك بائنة تقع واحدة رجعية ؛ ولو قال الوكيل أبنتها لايقع شيء اه ولعل الفرق بين الوكيل والمأمورة أن الوكيل بالطلاق لا يملك الإيقاع بلفظ الكناية

والأصل أن المخالفة فى الوصف لاتبطل الجواب بخلاف الأصل ، وهذا إذا لم يكن معلقا بمشيئتها ، فإن علقه فعكست لم يقع شيء لأنها ماأتت بمشيئة مافوّض إليها خانية بحر .

(قال لها أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت أنت، فقال : شئت ينوى الطلاق أو قالت شئت إن كان كذا لمعدوم) أى لم يوجد بعد كإن شاء أبى أو إن جاء الليل وهى فى النهار (بطل) الأمر لفقد الشرط .

(وإن قالت شئت إن كان الأمر قد مضى) أراد بالماضى المحقق وجوده كإن كان أبى فى الدار وهو فيها ، أو إن كان هذا ليلا وهى فيه مثلا (طلقت) لأنه تنجيز (قال لها أنت طالق متى شئت أو متى ماشئت أو إذا شئت

لأنها متوقفة على نيته وقد أمره بطلاق لايتوقف على النية فكان مخالفا فى الأصل ، بخلاف المرأة فإنه ملكها الطلاق بكل لفظ يملك الإيقاع به صريحا كان أو كناية لكنه يتوقف على وجود النقل بأن الوكيل لايملك الإيقاع بالكناية بحر .

واعترضه فى النهر بأن مافى الخانية صريح فى أن الوكيل يكون مخالفا بإيقاعه بالكناية .

هذا ، وقيد الشهاب الشلبى كلام المتن بما إذا قالت طلقت نفسى بائنة بخلاف أبنت نفسى فإنه لايقع شيء وقال : فاغتنم هذا التحرير فإنك لاتجده فى شرح من الشروح ، ونقله الشرنبلالى وأقره .

قلت : لكن الشلبى قيد بذلك أخذا من كلام قاضيخان فى الوكيل وهو يتوقف على ثبوت عدم الفرق بينهما وفيه ما علمت مع أنه تقدم أول الفصل أنها تطلق بقولها أبنت نفسى فليتأمل (قوله والأصل الخ) قال فى الفتح : والحاصل أن المخالفة إن كانت فى الوصف لا تبطل الجواب بل يبطل الوصف الذى به المخالفة ويقع على الوجه الذى فوض به ، بخلاف ما إذا كانت فى الأصل حيث يبطل كما إذا فوض واحدة فطلقت ثلاثا على قول أبى حنيفة أو فوض ثلاثا فطلقت ألفا (قوله خانية بحر) أى نقله فى البحر عن الخانية . وفى بعض النسخ وبحر بالواو وهى صحيحة أيضا ، بل أولى لأن ذلك مستفاد من مجموع الكتابين ، فإنه فى الخانية ذكر فى باب التعليق قال لها : طلقى نفسك واحدة بائنة إن شئت فطلقت نفسها رجعية ، أو قال واحدة أملك الرجعة إن شئت فطلقت بائنة لايقع شيء فى قياس قول أبى حنيفة ، لأنها ما أتت بمشيئة مافوض إليها فاستنبط منه فى البحر أن ماذكره المصنف مفروض فى غير المعلق بالمشيئة فافهم (قوله أى لم يوجد بعد) لما كان قوله لمعدوم صادقا على مامضى وانقطع مع أن التعليق به تنجيز خصصه بقوله أى لم يوجد بعد ح ، وإنما أطلقه المصنف اعتمادا على ماذكره فى مقابله (قوله كإن شاء الخ) مثل بمثالين إشارة إلى أنه لا فرق بين أن يكون المعدوم محقق المجيء أو محتمله ح (قوله بطل الأمر الخ) أى حال الطلاق . قال فى البحر : لأنه علق الطلاق بمشيئتها المنجزة وهى أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط ، قيد بقوله شئت مقتصرة عليه ، لأنها لو قالت شئت طلاق الخ وقع ، لأنها إذا لم تذكر الطلاق لا تعتبر النية بلا لفظ صالح للإيقاع .

ويستفاد منه أنه لو قال شئت طلاقك وقع بالنية ، لأن المشيئة تنبيء عن الوجود لأنها من الشيء وهو الموجود بخلاف أردت طلاقك لأنه لاينبيء عن الوجود ، فقد فرّق الفقهاء بين المشيئة والإرادة فى صفات العبد وإن كانا مترادفين فى صفاته تعالى كما هو اللغة فيهما وأحببت ورضيت مثل أردت اه (قوله وإن قالت)أى فى المجلس بحر (قوله أراد بالماضى المحقق وجوده) أى سواء وجد وانقضى ، مثل إن كان فلان قد جاء وقد جاء أو كان حاضرا كما مثل الشارح (قوله مثلا) راجع إلى قوله ليلا (قوله لأنه تنجيز) أى لأن التعليق بكائن تنجيز ، ولذا صح تعليق الإبراء بكائن ، ولا يرد أنه لو قال هو كافر إن كنت كذا وهو يعلم أنه قد فعله مع أن المختار أنه لايكفر ،

أو إذا ماشئت فردت الأمر لايرتد ولا يتقيد بالمجلس ولا تطلق) نفسها (إلا واحدة) لأنها تعم الأزمان لا الأفعال فتملك التطليق فى كل زمان لاتطليق بعد تطلق (ولها تفريق الثلاث فى كلما شئت ولا تجمع) ولا تثنى

لأن الكفر يبتنى على تبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل، وتمامه فى البحر (قوله فردت الأمر) بأن قالت لا أشاء نهر (قوله لايرتد) فلها بعدذلك أن تشاء، لأنه لم يملكها فى الحال شيئا بل أضافه إلى وقت مشيئتها فلايكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد كذا فى الهداية .

وقد يقال : إنه ليس تمليكا فى حال أصلا بل هو تعليق للطلاق على مشيئتها، وقولها طلقت إيجاد للشرط الذى هو مشيئتها ، وليس الواقع إلا طلاقه المعلق ، نعم هذا صحيح فى قوله طلقى نفسك إن شئت فتح .

وأجاب فى البحر بما فى المحيط من أنه يتضمن معنى التعليق وهو لازم لايقبل الإبطال ومعنى التمليك ،لأن المالك هو الذى يتصرف عن مشيئته وإرادته وهى عاملة فى التطليق لنفسها والمالك هو الذى يعمل لنفسه، وجواب التمليك يقتصر على المجلس .

وفى الجامع : أنت طالق إن شئت أو أحببت أو هويت ليس بيمين لأنه تمليك معنى تعليق صورة، ولهذا يقتصر على المجلس والعبرة للمعنى دون الصورة اه . وفائدته أنه لايحنث فى يمينه لايحلف ٧ اه .

أقول : وقوله وجواب التمليك يقتصر على المجلس خاص بما إذا علق بأداة لا تفيد عموم الوقت كإن وكيف وحيث وكم وأين، بخلاف مايدل على العموم وهو المذكور هنا، وتقدم أيضا أول الفصل (قوله ولا يتقيد بالمجلس) أما فى كلمة متى ومتى ما فلأنها للتوقيت وهى عامة فى الأوقات كلها ، كأنه قال فى أى وقت شئت . وأما إذا وإذا ما فكمتى عندهما وعند الإمام وإن كانت تستعمل للشرط ، فكما تستعمل له تستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالقيام عن المجلس بالشك ، نعم لو قال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس ويحلف لنفى التهمة نهر ، وتمامه فى الفتح (قوله لأنها تعم الأزمان) تعليل لعدم التقييد بالمجلس ، كما أن قوله لا الأفعال علة لقوله ولا تطلق إلا واحدة ط (قوله لاتطليقا) كذا فى بعض النسخ بالنصب عطفا على التطليق ، وفى أكثر النسخ لا تطليق . ويمكن تأويله بجعل لا نافية للجنس والخبر محذوف دل عليه ماقبله ، والتقدير : لا تطليق بعد تطليق مملوك لها فافهم (قوله ولا تجمع ولا تثنى) عبارة الهداية : فلا تملك الإيقاع جملة وجمعا . قال فى العناية : قيل معناهما واحد ، وقيل الجملة أن تقول طلقت نفسى ثلاثا ، والجمع أن تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة هذا هو الظاهر اه يعنى فى تفسير الجمع ، فكأنه يشير إلى مافى الدراية حيث فسر الجمع بأن تقول طلقت وطلقت وطلقت . قال : والأول أصح ، يعنى كونهما بمعنى واحد كذا فى النهر . ويمكن أن يراد بالجملة الثنتان وبالجمع الثلاث ، ويكون قوله ولا تجمع ولا تثنى إشارة إلى ذلك .

ثم اعلم أن مافى الدراية من تفسير الجمع ، بأن تقول طلقت وطلقت وطلقت وأن الأصح خلافه، يفيد أن لها أن تطلق ثلاثا متفرقة فى مجلس واحد على الأصح، وإليه يشير مافى العناية أيضا حيث فسره بطلقة واحدة وواحدة وواحدة فإنه جمع لاتحاد العامل ، بخلاف مافى الدراية فإنه تفريق لاجمع لتكرر الفعل، وعلى هذا فما فى القهستانى من قوله تطلق ثلاثا متفرقة أى فى ثلاثة مجالس، فلا تطلق نفسها فى كل مجلس أكثر من واحدة ، لأن كلما لعموم الأفراد فلا تطلق ثلاثا مجتمعة اه مبنى على خلاف الأصح إلا أن يحمل قوله أكثر من واحدة على المجتمعة بقرينة قوله فلا تطلق ثلاثا مجتمعة تأمل ، ويدل على ماقلنا مافى جامع الفصولين : أمرك بيدك كلما شئت فلها أن تختار نفسها كلما شاءت فى المجلس أو بعده حتى تبين بثلاث إلا أنها لاتطلق نفسها فى دفعة واحدة أكثر من واحدة اه .

لأنها لعموم الأفراد .

(ولو طلقت بعدزوج آخر لايقع) إن كانت طلقت نفسها ثلاثا متفرقة وإلا فلها تفريقها بعد زوج آخر وهى مسألة الهدم الآتية (أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لاتطلق إلا إذا شاءت فى المجلس ، وإن قامت من مجلسها قبل مشيئتها لا) مشيئة لها

فإن مقتضاه أن لها أن تطلق فى مجلس واحد ثلاثا متفرقة إلا أن يفرق بين أنت طالق وأمرك بيدك ، لـكن فى غاية البيان قال : وهذه من مسائل الجامع الصغير . وصورتها : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل قال لامرأته أنت طالق كلما شئت ، قال لها أن تطلق نفسها وإن قامت من مجلسها وأخذت فى عمل آخر واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا الخ . قال فى غاية البيان : لأن كلمة كلما لتعميم الفعل فلها مشيئة بعد مشيئة إلى أن تستوفى الثلاث فإذا قامت من المجلس أو أخذت فى عمل آخر بطلت مشيئتها المملوكة لها فى ذلك المجلس بوجود دليل الإعراض ولـكن لها مشيئة أخرى بحـكم كلما اه فهذا صريح فى أن لها تفريق الثلاث فى مجلس واحد اه وأصرح منه مافى التاترخانية عن المحيط ، ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها ذلك أبدا كلما شاءت فى المجلس وغيره واحدة بعد واحدة حتى تطلق ثلاثا اه فافهم .

[تنبيه] قال فى الفتح : فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة ، وعنده لايقع شىء اه . وفى البحر عن المبسوط : كلما شئت فأنت طالق ثلاثا فقالت شئت واحدة فهذا باطل ، لأن معنى كلامه كلما شئت الثلاث اه .

قلت : فأفاد أن تفريق الثلاث إنما هو فيما إذا لم يصرح بالعدد . وفى كافى الحاكم : كلما شئت فأنت طالق ثلاثا فشاءت واحدة فذلك باطل ، وكذا فأنت طالق واحدة فشاءت ثلاثا ، وكذا لو قال فأنت طالق ولم يقل ثلاثا فشاءت ثلاثا اه أى جملة ، فلو متفرقة ولو فى مجلس جاز كما علمت (قوله لأنها لعموم الأفراد) بكسر الهمزة أى الانفراد ، كذا ضبطه الشارح فى شرحه على المنار ، وكذا ضبطه ح وقال هو مصدر فيوافق تعبيرهم بالانفراد ويجوز فتحها اه .

وفى شرح العينى : لأن كلما تعم الأوقات والأفعال عموم الانفراد لاعموم الاجتماع فيقتضى إيقاع الواحدة فى كل مرة إلى مالا يتناهى إلا أن اليمين تصرف إلى الملك القائم اه (قوله لايقع) لأن التعليق إنما ينصرف إلى الملك القائم وهو الثلاث ، فباستغراقه ينتهى التفويض بحر (قوله وإلا) أى وإن لم تطلق نفسها أصلا أو طلقت نفسها ثلاثا فى مجلس أو طلقت نفسها واحدة فقط أو ثنتين فى مجلس ح .

مطلب فى مسألة الهدم

(قوله وهى مسألة الهدم الآتية) أى فى آخر باب الرجعة ، وهى أن الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث كما يهدم الثلاث ، فمن طلق امرأته واحدة أو أكثر ثم عادت إليه بعد زوج آخر عادت إليه بملك جديد فيملك عليها ثلاث طلقات ، وهذا عندهما . وعند محمد إنما يهدم الثانى الثلاث فقط لاما دونها ، فمن طلق امرأته ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر عادت إليه بما بقى وهو طلقة واحدة ، فإذا طلقها بعد العود طلقة واحدة لاتحرم عليه حرمة غليظة عندهما ، وعنده تحرم ؛ وكذا إذا قال : كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها مرتين ووقع عليها الطلاق وانقضت عدتها ثم عادت إليه بعد زوج آخر ؛ فعندهما تطلق كلما دخلت الدار إلى أن تبين بثلاث طلقات خلافا لمحمد كما ذكره الزيلعى فى باب التعليق عند قوله وتعليق الثلاث يبطل تنجيزه . وعبارة البحر هنا : قيدنا بكونه بعد الطلاق الثلاث

لأنهما للمكان ولا تعلق للطلاق به فجعلا مجازا عن إن لأنها أم الباب .

(وفى كيف شئت يقع) فى الحال (رجعية ، فإن شاءت بائنة أو ثلاثا وقع) ماشاءته (مع نيته) وإلا فرجعية لو موطوءة وإلا بانت وبطل الأمر ، وقول الزيلعى والعينى قبل الدخول صوابه بعده فتنبه .

لأنها لو طلقت نفسها واحدة أو ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر فلها أن تفرق الثلاث خلافا لمحمد ، وهى مسألة الهدم الآتية اه وهو موافق لما نقلناه عن الزيلعى ، ومثله فى الفتح وغاية البيان ، وهذا صريح فى أنها بعد العود لها أن تطلق نفسها ثلاثا متفرقة عندهما . وعند محمد تطلق مابقى فقط ، فتفريق الثلاث مبنى على قولهما لا على قول محمد فافهم ، نعم يشكل على هذا التعليل المار بأن التعليق إنما ينصرف إلى الملك القائم وهو الثلاث ، فإنه يقتضى أنها لو طلقت نفسها ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر ليس لها أن تطلق نفسها أصلا عندهما لأنها عادت إليه بملك حادث وطلقات الملك الأول هدمها الزوج الثانى .

ولا إشكال على قول محمد من أنها تطلق واحدة فقط لأنها الباقية لكون الزوج الثانى لم يهدم مادون الثلاث عنده . ثم رأيت المحقق فى الفتح أعاد الجواب عن ذلك فى باب التعليق بما حاصله أن قولهم إن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث مقيد بمادام مالكا لها فإذا زال ملكه لبعضها صار المعلق ثلاث مطلقة (قوله لأنهما للمكان) فحيث ظرف مكان مبنى على الضم وأين ظرف مكان يكون استفهاما ، فإذا قيل أين زيد لزم الجواب بتعيين مكانه ويكون شرطا أيضا وتزاد فيه «ما» فيقال أينما تقم أقم بحر عن المصباح (قوله ولا تعلق للطلاق به) ولذا لو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة كان تنجيزا للطلاق كما مر فتكون طالقا فى كل مكان فى الحال بخلاف الزمان فإن الطلاق يتعلق به (قوله فجعلا مجازا عن إن الخ) جواب عن إيرادين :

أحدهما أنه إذا ألغى ذكر المكان صار أنت طالق شئت ، وبه يقع للحال كأنت طالق دخلت الدار .

ثانيهما أنه إذا كان مجازا عن الشرط فلم حمل على إن دون متى مما لا يبطل بالقيام عن المجلس . والجواب عن الأول أنه جعل الظرف مجازا عن الشرط لأن كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو أولى من إلغائه بالكلية . وعن الثانى بأن حمله على إن أولى لأنها أم الباب ولأنها حرف الشرط وفيه يبطل بالقيام ، أفاده فى الفتح (قوله ويقع فى الحال رجعية الخ) أى تطلق طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت أولا ، ثم إن قالت شئت بائنة أو ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للموافقة ، وهذا عنده . أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شىء ، فعنده أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها بل صفته ، وعندهما يتعلقان معا ، وتمامه فى الفتح . وكتبت فى حاشيتى على شرح المنار الفرق بين هذا التفويض وعامة التفويضات حيث لم تحتج إلى نية الزوج أن المفوض ههنا حال الطلاق وهو متنوع بين البينونة والعدد فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما بخلاف عامة التفويضات (قوله وإلا فرجعية) صادق بما إذا شاءت خلاف مانوى وبما إذا لم ينو شيئا ، والمراد الأول لما فى الفتح : وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهى رجعية لأنه لغت مشيئتها لعدم الموافقة ، فبقى إيقاع الزوج بالصريح ، ونيته لا تعمل فى جعله بائنا أو ثلاثا ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكره فى الأصل ، ويجب أن تعتبر مشيئتها ، حتى لو شاءت بائنة أو ثلاثا ولم ينو الزوج يقع ماأوقعت بالاتفاق الخ اه (قوله لو موطوءة) قيد لقوله رجعية فى الموضعين ، وتقدم فى باب المهر نظما أن المختلى بها كالموطوءة فى لزوم العدة ، وكذا فى وقوع طلاق آخر فى عدتها فافهم (قوله وإلا) أى بأن كانت غير مدخول بها طلقت طلقة بائنة وخرج الأمر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة كذا فى الفتح . أما المختلى بها فتلزمها العدة كما علمت فتطلق رجعية ولا يخرج الأمر من يدها فافهم (قوله وقول الزيلعى) عبارته : وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين

(وفى كم شئت أو ماشئت لها أن تطلق ماشاءت) فى مجلسها ولم يكن بدعيا للضرورة (وإن ردت) أو أتت بما يفيد الإعراض (ارتد) لأنه تمليك فى الحال فجوابه كذلك .

(قال لها طلقى) نفسك (من ثلاث ماشئت تطلق مادون الثلاث ، ومثله اختارى من الثلاث ماشئت) لأن من تبعيضية . وقالا : بيانية ، فتطلق الثلاث ، والأول أظهر .

[فروع] قال : أنت طالق إن شئت وإن لم تشائى طلقت للحال .

فيما إذا قامت عن المجلس قبل المشيئة ، وفيما إذا كان ذلك قبل الدخول فإنه يقع عنده طلقة رجعية ، وعندهما لايقع شىء والرد كالقيام اهـ ح (قوله لها أن تطلق ماشاءت) أى واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ، ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق بخلاف مسألة كيف شئت على قوله . لأن كم اسم للعدد وماشئت تعميم للعدد والواحد عدد على اصطلاح الفقهاء فكان التفويض فى نفس العدد والواقع ليس إلا العدد إذا ذكر ، فصار التفويض فى نفس الواقع فلا يقع شىء مالم تشأ فتح .

[تنبيه] لم يذكر اشتراط النية من الزوج وشرطه الشارح فى شرحه على المنار ، وكذا فى شرح المرقاة . وذكر فى الكشف أنه رأى بخط شيخه معلما بعلامة البزدوى أن مطابقة إرادة الزوج شرط لأنه لما كان للعدد المبهم احتيج إلى النية ، وأقره فى التقرير ، لكن ظاهر الهداية والفتح وغيره أنه لايشترط ، واستظهره صاحب البحر فى شرحه على المنار لأنه لااشتراك لأن المفوض إليها القدر فقط وله أفراد فلا إبهام ، بخلافه فى كيف لأن المفوض إليها الحال وهو مشترك كما قدمناه . قلت : وهو ظاهر المتون أيضا (قوله فى مجلسها) لأنه تمليك فيقتصر عليه كما مر (قوله ولم يكن بدعيا) قال فى البحر : وأفاد بقوله ماشاءت أن لها أن تطلق أكثر من واحدة من غير كراهة ، ولا يكون بدعيا إلا ما أوقعه الزوج لأنها مضطرة إلى ذلك لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها اهـ .

قلت : وكذا لوكانت حائضا ، وقد مر التصريح به فى أول الطلاق . قال ط : ويقال نظير ذلك فى كيف شئت السابق إذا أوقعت ثلاثا مع النية (قوله وإن ردت) بأن قالت لاأطلق فتح (قوله بما يفيد الإعراض) كالنوم والقيام عن المجلس (قوله لأنه تمليك فى الحال) احتراز عن إذا ومتى ، يعنى هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت فى المستقبل فاقتضى جوابا فى الحال فتح (قوله والأول أظهر) لأنه لوكان المراد البيان لكفى قوله طلقى ماشئت كما فى النهر عن التحرير ح .

مطلب أنت طالق إن شئت وإن لم تشائى

(قوله إن شئت وإن لم تشائى) اعلم أنه إذا جعل المشيئة وعدمها شرطا واحدا أو المشيئة والإباء فإنها لاتطلق أبدا للتعذر ، كأنت طالق إن شئت ولم تشائى ، أوإن شئت وأبيت ، وإن كرر إن وقدم الجزاء كأنت طالق إن شئت وإن لم تشائى فشاءت فى مجلسها أو لم تشأ تطلق ، لأنه جعل كلا منهما شرطا على حدة ، كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار أولم تدخلى ، وإن أخر الجزاء كإن شئت وإن لم تشائى فأنت طالق لاتطلق أبدا لأنه مع التأخير صارا كشرط واحد وتعذر اجتماعهما ، بخلاف ماإذا أمكن فلا تطلق حتى يوجدا كإن أكلت وإن شربت فأنت طالق ، وإن كرر إن وأحدهما المشيئة والآخر الإباء كأنت طالق إن شئت وإن أبيت وقع شاءت أو أبت ، وإن سكتت حتى قامت من المجلس لايقع لأن كلا منهما شرط على حدة والإباء فعل كالمشيئة فأيهما وجد لايقع ، وإذا انعدما لايقع ، وكذا لولم يكرر إن وعطف بأو كأنت طالق إن شئت أو أبيت لأنه علقه بأحدهما ، ولو قال إن شئت

ولو قال : إن كنت تحبين الطلاق فأنت طالق ، وإن كنت تبغضينه فأنت طالق لم تطلق ، لأنه يجوز أن لاتحبه ولا تبغضه ولا يجوز أن تشاء ولا تشاء ، ولو قال لهما : أشدكما حبا للطلاق أو أشدكما بغضا له طالق فقالت كل أنا أشد حبا له لم يقع لدعوى كل أن صاحبتها أقل حبا منها فلم يتم الشرط ، ثم التعليق بالمشيئة أو الإرادة أو الرضا أو الهوى أو المحبة يكون تمليكا فيه معنى التعليق ، فيتقيد بالمجلس كأمرك بيدك بخلاف التعليق بغيرها .

فأنت طالق وإن لم تشائى فأنت طالق طلقت للحال ، بخلاف إن كنت تحبين الطلاق فأنت طالق وإن كنت تبغضين فأنت طالق ، لأنه يجوز أن لاتحب ولاتبغض فلم يتيقن شرط الوقوع ، ولايجوز أن تشاء ولاتشاء فيكون أحد الشرطين ثابتا لامحالة فوقع ؛ ولو قال أنت طالق إن أبيت أو كرهت فقالت أبيت تطلق ، ولو قال إن لم تشائى فأنت طالق فقالت لاأشاء لاتطلق ، لأن أبيت صيغة لإيجاد الإباء ، فقد علق بالإباء منها وقد وجد فوقع ، وقوله وإن لم تشائى صيغة للعدم لا للإيجاد فصار بمنزلة إن لم تدخلى الدار وعدم المشيئة لايتحقق بقولها لا أشاء ، لأن لها أن تشاء من بعد ، وإنما يتحقق بالموت بحر عن المحيط . وذكر بعده أنه لو علقه بعدم مشيئة نفسه فهو كذلك ، بخلاف إن لم يشأ فلان فقال لاأشاء . والفرق أن شرط البر فى الأجنبى مشيئة طلاقها فى فى المجلس ، وبقوله لاأشاء تبدل المجلس لأنه اشتغال بما لايحتاج إليه إذ يكفيه فى الإيقاع السكوت حتى يقوم (قوله لم تطلق) محله مالإذا قالت لا أحب ولا أبغض أو سكتت ، أمالوقالت أحب أو أبغض طلقت لأن التعليق بالمحبة ونحوها تعليق على الإخبار بذلك ولوكان مخالفا لمافى الواقع كما سيأتى (قوله ولا يجوز أن تشاء ولا تشاء) لأن المشيئة تنبىء عن الوجود ولا واسطة بين الوجود وعدمه (قوله أو أشدكما بغضاله) هذه مسألة ثانية ؛ وقوله فقالت كل أناأشد حباله الخ جواب المسألة الأولى وترك جواب المسألة الثانية لكونه معلوما بالمقايسة تقديره فقالت كل أنا أشد بغضاله لم يقع لدعوى كل أن صاحبتها أقل بغضا منها فلم يتم الشرط ح (قوله فقالت كل الخ) أى وكذبهما الزوج كماقيده فى حاكم الحاكم ، ومقتضاه لو صدقهما وقع عليهما ، لأن أفعل التفضيل ينتظم الواحد والأكثر كما سيأتى فى الوقف فيما لو شرط النظر للأرشد تأمل (قوله فلم يتم الشرط) لأنها غير مصدقة فى الشهادة على صاحبتها بحر : أى لأنها لا تكون أشد حبا أو بغضا إلا إذا كانت الأخرى أقل وهى لاتصدق على مافى قلب الأخرى فلم يثبت كونها أشد من الأخرى ، ويقال فى الأخرى كذلك فلم يثبت أشدية واحدة منهما فلم يتم شرط الوقوع على واحدة منهما ، ومقتضى التعليل أنه لو قالت واحدة منهما فقط أنا أشد لم يقع عليها ، إلا أن يقال فى أن دعوى كل منهما تكذيب كل للأخرى ، بخلاف دعوى إحداهما ، وسيأتى فى التعليق أنه لوقال إن كنت تحبين كذا فأنت كذا وفلانة فقالت أحب تصدق فى حق نفسها تأمل (قوله ثم التعليق بالمشيئة الخ) وكذا التعليق بكل ماهو من المعانى التى لايطلع عليها غيرها بحر ط (قوله فيتقيد بالمجلس) وكذا إذا كانت كاذبة فى الإخبار بالمحبة والبغض يقع ، بخلاف التعليق بالحيض ونحوه ، ثم إن هذا تفريع على التمليك ، قيل والأولى زيادة ولا يملك الرجوع عنه ليتفرع على كونه تعليقا فإنه أظهر من تفريعه على التمليك .

قلت : وفيه أن المراد بيان ماخالف التعليق بهذه المذكورات التعليق بغيرها وعدم الرجوع عنه مما توافق فيه الجميع فافهم (قوله بخلاف التعليق بغيرها) كالتعليق على الحيض أو على دخول الدار فإنه تعليق محض لا يتقيد بالمجلس ، وكذا لايقع فى نفس الأمر بالإخبار كذبا كما سيأتى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب التعليق

(هو) لغة من علقه تعليقا قاموس: جعله معلقا . واصطلاحا (ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى) ويسمى يمينا مجازا ،

باب التعليق

ذكره بعد بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية ، لأنه مركب من ذكر الطلاق والشرط ، فأخره عن المفرد نهر.

مطلب فيما لو حلف لايحلف فعلق

(قوله من علقه تعليقا) كذا فى البحر . والأولى أن يقول : وهو مصدر علقه جعله معلقاط : أى لأن كلامه يوهم اشتقاق المصدر من الفعل وهو خلاف المختار ، لكن المراد بيان المادة لإفادة أن المراد به لغة مطلق التعليق الشامل للحسى والمعنوى (قوله واصطلاحا ربط الخ) فهو خاص بالمعنوى والمراد بالجملة الأولى فى كلامه جملة الجزاء ، وبالثانية جملة الشرط ، وبالمضمون ماتضمنته الجملة من المعنى ، فهو فى مثل إن دخلت الدار فأنت طالق ربط حصول طلاقها بحصول دخولها الدار (قوله ويسمى يمينا مجازا) لما فى النهر من أن التعليق فى الحقيقة إنما هو شرط وجزاء فإطلاق اليمين عليه مجاز لما فيه من معنى السببية اه . وفيه أن هذا بيان للجملة الشرطية المتضمنة للتعليق المعرّف بالربط الخاص كما علمت ، وهذا الربط يسمى يمينا .

قال فى الفتح : إن اليمين فى الأصل القوة ، وسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة قوتها على الأخرى ، وسمى الحلف بالله تعالى يمينا لإفادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك بعد تردد النفس فيه ، ولا شك فى أن تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله يفيد قوة الامتناع عن ذلك الأمر وتعليق المحبوب لها أى للنفس على ذلك يفيد الحمل عليه فكان يمينا اه لكن هذا يحتمل أنه حقيقة أو مجاز فى اللغة .

وفى أيمان البحر : ظاهر مافى البدائع أن التعليق يمين فى اللغة أيضا ، قال : لأن محمدا أطلق عليه يمينا وقوله حجة فى اللغة اه فأفاد أنه يمين لغة واصطلاحا ، ولذا قال فى معراج الدراية : اليمين يقع على الحلف بالله تعالى وعلى التعليق .

قلت : لكن مقتضى كلام الفتح المار أن المراد به التعليق على أمر اختيارى للمعلق ليفيد قوة الامتناع عن الأمر المحلوف عليه أو قوة الحمل عليه ، نحو : إن بشرتنى بكذا فأنت حر فغيره من التعليق لايسمى يمينا ، مثل إن طلعت الشمس أو إن حضت فأنت كذا ، لكن فى تلخيص الجامع وشرحه للفارسى : لو حلف لايحلف بيمين حنث بتعليق الجزاء بما يصلح شرطا ، سواء كان الشرط فعل نفسه أم فعل غيره أم مجيء الوقت ، كأنت طالق إن دخلت أو إن قدم زيد أو إذا جاء غد . وكذا إذا جاء رأس الشهر ، أو إذا أهل الهلال والمرأة من ذوات الحيض دون الأشهر ، لوجود ركن اليمين وهو تعليق الجزاء ، ووجود اليمين شرط الحنث فيحنث ، إلا أن يعلق بعمل من أعمال القلب كإن شئت أو أردت أو أحببت أو هويت أو رضيت ، أو بمجيء الشهر كإذا جاء رأس الشهر والمرأة من ذوات الأشهر فلا يحنث ، أما الأول فلأنه مستعمل فى التمليك ولذا يقتصر على المجلس فلم يتمحض للتعليق ، وأما الثانى فلأنه مستعمل فى بيان وقت السنة ، لأن رأس الشهر فى حقها وقت وقوع الطلاق السنى فلم يتمحض للتعليق ، ولهذا لم يحنث بتعليق الطلاق بالتطليق كأنت طالق إن طلقتك لاحتمال إرادة الحكاية عن الواقع من كونه مالكا لتطليقها فلم يتمحض للتعليق ، ولا بقوله لعبده إن أديت إلىّ ألفا فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق وإن وجد

وشرط صحته كون الشرط معدوما على خطر الوجود ؛ فالمحقق كإن كان السماء فوقنا تنجيز ، والمستحيل كإن دخل الجمل فى سم الخياط لغو

الشرط والجزاء لأنه تفسير الكتابة فلم يتمحض للتعليق ، ولا بقوله أنت طالق إن حضت حيضة لأن الحيضة الكاملة لاوجودلها إلا بوجود جزء من الطهر فيقع فى الطهر فأمكن جعله تفسيرا لطلاق السنة فلم يتمحض للتعليق وإنما لم نحنثه بما لم يتمحض للتعليق فى هذه الصور ، لأن الحلف بالطلاق محظور ، وحمل كلام العاقل على وجه فيه إعدام المحظور أولى ، وقد أمكن حمله هنا على مايحتمله من التمليك أو التفسير فلا يحمل على الحلف بالطلاق ، وإنما حنث فى قوله إن حضت فأنت طالق لوجود شرط الحنث وهو اليمين بذكر ركنه وهو الجزاء والشرط ؛ وقوله إن حضت لايصلح تفسيرا للطلاق البدعى لتنوع البدعى إلى أنواع فلم يمكن جعله تفسيرا بخلاف السنى فإنه نوع واحد وإنماحنث فيما إذا قال لها أنت طالق إن طلعت الشمس مع أن معنى اليمين وهو الحمل أو المنع مفقود ومع أن طلوع الشمس متحقق الوجود لايصلح شرطا ، لأنه لاخطر فى وجوده . لأنا نقول : الحمل والمنع ثمرة اليمين وحكمته ، فقد تم الركن فى اليمين دون الثمرة والحكمة ، إذ الحكم الشرعى فى العقود الشرعية يتعلق بالصورة لابالثمرة والحكمة ، ولذا لو حلف لايبيع فباع فاسدا حنث لوجود ركن البيع وإن كان المطلوب منه وهو انتقال الملك غير ثابت ، ولا تسلم عدم الخطر لاحتمال قيام الساعة فى كل زمان اه ملخصا .

مطلب لايحنث بتعليق الطلاق بالتطليق

وحاصله أن كل تعليق يمين سواء كان تعليقا على فعله أو فعل غيره أو على مجىء الوقت وإن لم توجد فيه ثمرة اليمين وهى الحمل أو المنع فيحنث به فى حلفه لايحلف إلا إذا أمكن صرفه عن صورة التعليق إلى جعله تمليكا أو تفسيرا لطلاق السنة أو لبيان الواقع أو للكتابة كما فى هذه المسائل الخمس المستثناة ، كما سيأتى فى كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى ، وبهذا يتضح ماقاله فى البحر من أن تعبير المصنف بالتعليق أولى من قول الهداية باب اليمين بالطلاق ، لأن التعليق يشمل الصورى كهذه الخمس ، وبعضها قد ذكر فى هذا الباب مع أنها ليست يمينا كما علمت وقوله فى النهر إنه لايحنث فيها لأنها ليست يمينا عرفا فلا ينافى كونها يمينا فى اصطلاح الفقهاء ساقط لما علمت من أن عدم الحنث فيها لعدم تمحضها تعليقا وأنها ليست يمينا عندهم . وأيضا لو كان ذلك مبنيا على العرف فما الفرق فى العرف بين إن حضت وإن حضت حيضة حتى كان الأول يمينا دون الثانى (قوله كون الشرط) أى مدلول فعل الشرط (قوله على خطر الوجود) أى مترددا بين أن يكون وأن لايكون لامستحيلا ولا متحققا لامحالة ، لأن الشرط للحمل والمنع وكل منهما لايتصور فيهما شرح التحرير (قوله فالمحقق) محترز قوله معدوما ح (قوله تنجيز) ليس على إطلاقه بل فيما لبقائه حكم ابتدائه ، كقوله لعبده إن ملكتك فأنت حر عتق حين سكت . وقوله لها إن أبصرت أو سمعت أو صححت وهى بصيرة أو سميعة أو صحيحة طلقت الساعة ، لأن ذلك أمر يمتد ، فكان لبقائه حكم الابتداء ، بخلاف إن حضت أو مرضت وهى حائض أو مريضة فعلى حيضة مستقبله ، لأن الحيض والمرض مما لايمتد أفاده فى البحر .

ووجهه كما فى الخانية أن الحيض والمرض وإن كان يمتد إلا أن الشرع لما علق بالجملة أحكاما لاتتعلق بكل جزء منه فقد جعل الكل شيئا واحدا فافهم (قوله والمستحيل) محترز قوله على خطر الوجود ح (قوله لغو) فلا يقع أصلا لأن غرضه منه تحقيق النفى حيث علقه بأمر محال ، وهذا يرجع إلى قولهما إمكان البر شرط انعقاد اليمين خلافا لأبى يوسف . وعلى هذا ظهر مافى الخانية : لو قال لها إن لم تردى على الدينار الذى أخذتيه من كيسى فأنت

وكونه متصلا إلا لعذر وأن لايقصد به المجازاة ، فلو قالت ياسفلة فقال : إن كنت كما قلت فأنت كذا

طالق فإذا الدينار فى كيسه لاتطلق بحر ، ومنه مافى القنية : سكران طرق الباب فلم يفتح له فقال إن لم تفتحى الباب الليلة فأنت طالق ولم يكن فى الدار أحد لاتطلق نهر ، ومنه مسائل ستأتى فى الفروع آخر الباب .

مطلب إن لم تتزوجى بفلان فأنت طالق

[تنبيه] فى فتاوى الكازرونى عن فتاوى المحقق عبد الرحمن المرشدى أنه سئل عمن قال لزوجته أنت طالق إن لم تتزوجى بفلان . فأجاب لاخفاء فى أن مراد الزوج بهذا التعليق إنما هو عدم تزوجها بفلان بعد زوال سلطانه عنها بانفصال العصمة وانقضاء العدة وهى حينئذ فى غير ملكه فيكون لغوا فيلغو الشرط ويبقى قوله أنت طالق فتطلق منجزا كما اختاره بعض المتأخرين من علماء اليمن ، بناء على استحالة وجود الشرط المعلق عليه الطلاق حالة بقائها فى عصمة الزوج واختار بعض منهم صحة التعليق وجعله ممكنا وأوقع الطلاق فى آخر جزء من حياته أو حياتها لأنه فى معنى العدم والعدم متحقق مستمر ، لكنه لما علقه بالمستقبل صلح جميع زمان الاستقبال لوجوده فلا يتعين له وقت آخر إلى أن ينتهى إلى آخر جزء من الحياة فيتضيق فيقع . ولحظ بعضهم أنه شرط إلزامى فكأنه يريد إلزامها بعدم تزوجها بفلان وهو إلزام مالا يلزم ، فيلغو ويقع الطلاق منجزا .

أقول : ولو قيل بأن مراد الزوج التعليق بعدم إرادتها التزوج بفلان بعد الطلاق صونا لكلام العاقل عن الإلغاء لم يبعد ويكون فى ذلك القول قولها مع يمينها كما فى نظائره من الأمور القلبية ، نحو إن كنت تحبينى ، فإن قالت له لم أرد التزوج به بعدك وقع الطلاق وإلا فلا اه ملخصا . ثم نقل الكازرونى هذه المسألة ثانيا عن الحدادى صاحب الجوهرة وأنه أجاب عنها سراج الدين الهاملى رواية عن شيخه على بن نوح بأنها تطلق وتتزوج من أرادت ، قال الكازرونى : وهو الذى ينبغى أن يعول عليه : أى بناء على أنه تعليق بمستحيل أو شرط إلزامى(١) ، (قوله وكونه متصلا الخ) أى بلا فاصل أجنبى ، وسيأتى الكلام عليه عند قوله قال لها أنت طالق إن شاء الله متصلا .

مطلب التعليق المراد به المجازاة دون الشرط

(قوله وأن لايقصد به المجازاة الخ) قال فى البحر : فلو سبته بنحو قرطبان وسفلة ، فقال : إن كنت كما قلت فأنت طالق تنجز ، سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لأن الزوج فى الغالب لايريد إلا إيذاءها بالطلاق ، فإن أراد التعليق يدين وفتوى أهل بخارى عليه كما فى الفتح اه يعنى على أنه للمجازاة دون الشرط كما رأيته فى الفتح وكذا فى الذخيرة . وفيها والمختار والفتوى أنه إن كان فى حالة الغضب فهو على المجازاة وإلا فعلى الشرط اه ومثله فى التاترخانية عن المحيط . وفى الولوالجية : إن أراد التعليق لايقع مالم يكن سفلة ، وتكلموا فى معنى السفلة . عن أبى حنيفة أن المسلم لايكون سفلة إنما السفلة الكافر وعن أبى يوسف أنه الذى لايبالى ماقال وما قيل له . وعن

---

(١) (قوله أو شرط إلزامى) قلت : ورأيت فى وصايا خزانة الأكمل مايؤيده ، حيث قال : أوصى لأمته أن تعتق على أن لاتتزوج ثم مات فقالت لا أتزوج فإنها تعتق من ثلثه ، فإن تزوجت بعده لم تبطل الوصية ، وكذا لو قال هى حرة على أن تثبت على الإسلام أو على أن لا ترجع عن الإسلام ، فإن أقامت على الإسلام ساعة فهى حرة من ثلثه ولا تبطل بارتدادها بعد ؛ وكذا نصرانى قال إن ثبتت على النصرانية بعده أو على الإسلام ، وإن أوصى لأم ولده إن لم تتزوج أبداً إن وقت وقتا فهو كما قال ، فإن تزوجت بعده ذلك بطلت وصيته ، وكذا إن قال لأمته هى حرة إن لم تتزوج شهرا اه منه .

تنجيز كان كذلك أولا وذكر المشروط ، فنحو أنت طالق إن لغو ، به يفتى ، ووجود رابط حيث تأخر الجزاء كما يأتى (شرطه الملك) حقيقة كقوله لقنه : إن فعلت كذا فأنت حر أو حكما ، ولو حكما (كقوله لمنكوحته) أو معتدته (إن ذهبت فأنت طالق ، أو الإضافة إليه) أى الملك الحقيقى عاما أو خاصا ، كإن ملكت عبدا أو إن ملكتك لمعين فكذا أو الحكمى كذلك (كإن) نكحت امرأة أو إن (نكحتك فأنت طالق)

محمد أنه الذى يلعب بالحمام ويقامر . وقال خلف : إنه من إذا دعى لطعام يحمل من هناك شيئا . والفتوى على ماروى عن أبى حنيفة لأنه هوالسفلة مطلقاه والقرطبان الذى لاغيرة له (قوله تنجيز) الأولى تنجر بصيغة الماضى لأنه جواب قوله فلو قال (قوله وذكر المشروط) أى فعل الشرط لأنه مشروط لوجود الجزاء (قوله لغو) أى فلا تطلق لأنه ماأرسل الكلام إرسالا ، وكذا لو قال أنت طالق ثلاثا لولا أو إلا أو إن كان أو إن لم يكن بحر (قوله به يفتى) هوقول أبى يوسف . وقال محمد تطلق للحال بحر (قوله ووجود رابط)أى كالفاء وإذا الفجائية ح (قوله كما يأتى) أى عند قوله وألفاظ الشرط ح (قوله شرطه الملك) أى شرط لزومه(١) فإن التعليق فى غير الملك والمضاف إليه صحيح موقوف على إجازة الزوج حتى لو قال أجنبى لزوجة إنسان إن دخلت الدار فأنت طالق توقف على الإجازة ، فإن أجازه لزم التعليق فتطلق بالدخول بعد الإجازة لاقبلها ، وكذا الطلاق المنجز من الأجنبى موقوف على إجازة الزوج ، فإذا أجازه وقع مقتصرا على وقت الإجازة بخلاف البيع فإنه بالإجازة يستند إلى وقت البيع . والضابط فيه أن ماصح تعليقه بالشرط(٢) يقتصر وما لايصح يستند بحر (قوله حقيقة) أشار إلى أن المراد مايشمل تعليق الطلاق والعتق وكذا النذر كإن شفى الله مريضى فلله علىّ أن أتصدق بهذا الثوب اشترط ملكه له حالة التعليق ؛ أفاده الرحمتى (قوله أو حكما) أى أو كان الملك حكما كملك النكاح فإنه ملك انتفاع بالبضع لاملك رقبة .

ثم إن هذا الحكمى إن كان النكاح قائما فهو حكمى حقيقة ، وإن كان بعد الطلاق وهى فى العدة فهو حكمى حكما وإلى هذا أشار بقوله ولو حكما ط (قوله لمنكوحته أو معتدته) فيه نشر مرتب . قال فى البحر : وقدمنا آخر الكنايات عند قوله والصريح يلحق الصريح أن تعليق طلاق المعتدة فيها صحيح فى جميع الصور إلا إذا كانت معتدة عن بائن وعلق بائنا كما فى البدائع اعتبارا للتعليق بالتنجيز (قوله أو الإضافة إليه) بأن يكون معلقا بالملك كما مثل ، وكقوله : إن صرت زوجة لى أو بسبب الملك كالنكاح : أى التزوج وكالشراء فى إن اشتريت عبدا بخلاف قوله لعبد مورثه : إن مات سيدك فأنت حر فإنه لايصح التعليق ، لأن الموت ليس بموضوع للملك بل لإبطاله .

ثم اعلم أن المراد هنا بالإضافة معناها اللغوى الشاملة للتعليق المحض وللإضافة الاصطلاحية ، كأنت طالق يوم أتزوجك كما أشار إليه فى الفتح ، وقد أطال فى البحر فى بيان الفرق بينهما فراجعه (قوله فكذا) أى فهو حر أو فأنت حر (قوله أو الحكمى) عطف على الحقيقى ح (قوله كذلك) أى عاما أو خاصا ، وأشار بذلك إلى خلاف مالك رحمه الله حيث خصه بالخاص بامرأة أو بمصر أو قبيلة أو بكارة أو ثيوبة ككل بكر أو ثيب (قوله كإن نكحت امرأة) أى فهى طالق ، وحذفه لدلالة مابعده عليه (قوله أو إن نكحتك) لافرق بين كونها

---

(١) (قوله أى شرط لزومه الخ) لعل هذا التقدير خاص بالمتزوجة ، وأما الخالية عن الأزواج فالملك فيه شرط صحة ، حتى لو قال رجل لامرأة خالية عن الزوج أنت طالق أو إن دخلت الدار فأنت طالق كان قوله لاغيا لعدم الملك اه .

(٢) (قوله ما صح تعليقه بالشرط الخ) أى والموقوف معلق فى المعنى على إجازة المالك ، والتعليق الحقيقى يقتصر على وقت الشرط فيصح ، هذا فى الطلاق دون البيع فيستند اه .

وكذا كل امرأة، ويكفى معنى الشرط إلا فى المعينة باسم أو نسب أو إشارة فلو قال: المرأة التى أتزوجها طالق تطلق بتزوجها، ولو قال هذه المرأة الخ لالتعريفها بالإشارة فلغا الوصف (فلغا قوله لأجنبية إن زرت زيدا فأنت طالق فنكحها فزارت) وكذا كل امرأة اجتمع معها فى فراش فهى طالق فتزوجها لم تطلق، وكل جارية أطؤها حرة فاشترى جارية فوطئها لم تعتق لعدم الملك والإضافة إليه:

وأفاد فى البحر أن زيارة المرأة فى عرفنا لاتكون إلا بطعام معها يطبخ عند المزور فليحفظ:

أجنبية أو معتدة كما فى البحر (قوله وكذا كل امرأة) أى إذا قال: كل امرأة أتزوجها طالق، والحيلة فيه مافى البحر من أنه يزوجه فضولى ويجيز بالفعل كسوق الواجب إليها أو يتزوجها بعد ماوقع الطلاق عليها؛ لأن كلمة كل لاتقتضى التكرار اه وقدمنا قبل فصل المشيئة مايتعلق بهذا البحث:

[فرع] قال: كل امرأة أتزوجها فهى طالق إن كلمت فلانا فكلم ثم تزوج لايقع الطلاق عليها، وإن كلم ثم تزوج ثم كلم طلقت المتزوجة بعد الكلام الأول خانية، وانظر مافى الفصل العاشر(١) من الذخيرة (قوله باسم أو نسب) الذى فى البحر وغيره: ونسب بالواو. قال: فلو قال فلانة بنت فلان التى أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق اه أى لأنه لما لغا الوصف بالتزوج بقى قوله فلانة بنت فلان طالق وهى أجنبية ولم توجد الإضافة إلى الملك فلا يقع إذا تزوجها (قوله أو إشارة) التعريف بالإشارة فى الحاضرة؛ وبالاسم والنسب فى الغائبة، حتى لو كانت المرأة حاضرة عند الحلف لايحصل التعريف بذكر اسمها ونسبها ولا تلغو الصفة، ويتعلق الطلاق بالتزوج:

وعليه مافى الجامع: رجل اسمه محمد بن عبد الله وله غلام فقال إن كلم غلام محمد بن عبدالله هذا أحد فامرأته طالق وأشار الحالف إلى الغلام لاإلى نفسه ثم كلم الغلام بنفسه تطلق، لأن الحالف حاضر، فتعريفه بالإشارة أو الإضافة ولم يوجد فبقى منكرا فدخل تحت اسم النكرة، أفاده فى البحر عن جامع شيخ الإسلام (قوله فلغا الوصف) أى قوله أتزوجها، فصار كأنه قال هذه طالق كقوله لامرأته هذه المرأة التى تدخل الدار طالق فإنها تطلق للحال دخلت أولا بحر، وإنما لم تطلق الأجنبية لعدم الملك وعدم الإضافة إليه لإلغاء الوصف، بخلاف امرأته (قوله لعدم الملك والإضافة إليه) أما فى مسألة المتن فظاهر، وكذا فيما بعدها لأن الاجتماع فى فراش لايلزم كونه عن نكاح، كما أن وطء الجارية لايلزم كونه عن ملك؛ ومثل ذلك مالو قال لوالديه إن زوجتمانى امرأة فهى طالق ثلاثا فزوجاه بلا أمره لاتطلق لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح، لأن تزويجهما له بلا أمره لايصح بحر عن المحيط. ثم قال لافرق بين كونه بأمره أو بلا أمره كما فى المعراج اه:

قلت: لكن فى الخانية فى صورة الأمر أن الصحيح أنه يصح اليمين وتطلق اه وهو مشكل، لأن الكلام فى وجود شرط التعليق وهو الملك أو الإضافة إليه، وتزويج الأبوين غير سبب للملك من كل وجه، لأنه قد يكون بأمره وبدونه، اللهم إلا أن يكون مراد الخانية ما إذا قال إن زوجتمانى بأمرى فحينئذ يصح اليمين وتطلق وإلا فلا وجه للتفصيل المذكور قبل صحة التعليق، فالأوجه مافى المعراج (قوله وأفاد فى البحر الخ) قلت: هذا العرف فى دمشق الآن غير مطرد بل كان وبان، نعم بقى بين أطراف الناس وقال ط: قلت العرف الجارى فى مصر الآن

---

(١) (قوله وانظر مافى الفصل العاشر) حاصل ماذكره صاحب البحر فى هذه المسألة أنه لو قدم الشرط بأن قال كلمت زيدا فكل الخ يكون الشرط حصول كلام قبل التزوج؛ وأما لو عكس بأن أخر الشرط انعكس الحكم وكان الشرط حصول كلام بعد التزوج؛ حتى لو كلم ثم تزوج تطلق فى المسألة الأولى دون الثانية، ولو كلم بعد هذا التزوج على المسألة الثانية تطلق لحصول الشرط وهو الكلام بعد التزوج اه.

(كما لغا إيقاعه) الطلاق (مقارنا لثبوت ملك) كأنت طالق مع نكاحك، ويصح مع تزوجي إياك لتمام الكلام بفاعله ومفعوله (أو زواله) كمع موتى أو موتك:

[فائدة] فى المجتبى عن محمد فى المضافة لايقع، وبه أفتى أئمة خوارزم انتهى، وهوقول الشافعي. وللحنفى تقليده بفسخ قاض

أنها تعدّ زائرة ولو معها شيء غير مايطبخ (قوله كما لغا الخ) أصل ذلك مافى البحر عن المعراج: ولو أضافه إلى النكاح لايقع، كما لوقال أنت طالق مع نكاحك أو فى نكاحك ذكره فى الجامع، بخلاف أنت طالق مع تزوجي إياك فإنه يقع، وهو مشكل. وقيل الفرق أنه لما أضاف التزوج إلى فاعله واستوفى مفعوله جعل التزويج مجازا عن الملك لأنه سببه وحمل مع على بعد تصحيحا له وفى نكاحك لم يذكر الفاعل؛ فالكلام ناقص فلا يقدر بعد النكاح فلا يقع ويصح النكاح اه. وأشار الشارح إلى هذا الفرق بقوله لتمام الكلام الخ. ومقتضاه أنه لو قال: مع نكاحي إياك؛ أو قال مع تزوجك انعكس الحكم لكن قال ح: وفى النفس من هذا التعليل شيء فإن قوله مع نكاحك على تقدير مع نكاحي إياك والمقدر كالملفوظ، وإلى هذا الضعف أشار بصيغة التمريض اه.

قلت: الأظهر الفرق بأنه عند عدم التصريح بالفاعل يحتمل تزوجه لها أو تزوج غيره لها، لكن مقتضى هذا عدم الفرق بين النكاح والتزوج فى أنه إن صرح بذكر الفاعل يقع فيهما وإلا فلا فيهما فتأمل.

وأقرب من هذا كله مااستنبطه بعض فضلاء الدرس أن التزوج يعقب التزويج، فإذا قارن الطلاق التزوج وجد الملك قبله بالتزويج فيصح وتطلق، بخلاف مع نكاحك لأنه مقارن للملك (قوله كمع موتى أو موتك) لإضافته لحالة منافية للإيقاع فى الأول والوقوع فى الثانى كما تقدم فى باب الصريح (قوله فى المجتبى عن محمد فى المضافة) أى فى اليمين المضافة إلى الملك.

وعبارة المجتبى على مافى البحر: وقد ظفرت برواية عن محمد أنه لايقع، وبه كان يفتى كثير من أئمة خوارزم اه وأما مافى الظهيرية من أنه قول محمد وبه يفتي فذاك غير مانحن فيه كما يأتى بيانه قريبا فافهم (قوله وللحنفى تقليده الخ) أى تقليد الشافعي.

مطلب فى فسخ اليمين المضافة إلى الملك

قال فى البحر: وللحنفى أن يرفع الأمر إلى شافعي يفسخ اليمين المضافة، فلو قال: إن تزوجت فلانة فهى طالق ثلاثا فتزوجها فخاصمته إلى قاض شافعي وادعت الطلاق فحكم بأنها امرأته وأن الطلاق ليس بشيء حل له ذلك، ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ يكون الوطء حلالا إذا فسخ، وإذا فسخ لايحتاج إلى تجديد العقد، ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة وفسخ اليمين ثم تزوج امرأة أخرى لايحتاج إلى الفسخ فى كل امرأة؛ وكذا فى الخلاصة. وفى الظهيرية أنه قول محمد، وبقوله يفتي اه.

قلت: ومفهومه أن عندهما يحتاج إلى الفسخ فى كل امرأة، وبه صرح فى الظهيرية أيضا، فالخلاف هنا فيما إذا فسخ القاضى الشافعي اليمين فى امرأة ثم تزوج الحالف امرأة أخرى، فعندهما لايكفى الفسخ الأول بل يقع الطلاق على الثانية مالم يفسخ ثانياً. وعند محمد يكفي لأنها يمين واحدة فلا يحتاج إلى فسخها ثانياً، وبقول محمد يفتى. ولا يخفى أن هذا مبنى على صحة اليمين عنده، وأنه يقع بها الطلاق، فلاينافى مامر عن المجتبى من أن عدم الوقوع رواية عنه، فمن زعم أنه فى الظهيرية جعل عدم الوقوع قول محمد لا رواية عنه وأنه المفتى به فقد وهم فافهم.

بل محكم بل إفتاء عدل

ثم قال فى البحر : وإذا عقد أيمانا على امرأة واحدة ، فإذا قضى بصحة النكاح بعده ارتفعت الأيمان كلها ، وإذا عقد على كل امرأة يمينا على حدة لاشك أنه إذا فسخ على امرأة لاينفسخ على الأخرى ، وإذا عقد يمينه بكلمة كلما فإنه يحتاج إلى تكرار الفسخ فى كل يمين اه فهى أربع مسائل فى شرح المجمع للمصنف ، فإن أمضاه قاض حنفى بعد ذلك كان أحوط اه . ومحل الفسخ من الشافعى إذا كان قبل أن يطلقها ثلاثا ، لأنه لو فسخ تطلق ثلاثا بالتنجيز بعد النكاح فلا يفيد كما فى الخانية . وفيها أيضا أن شرطه أن لايأخذ القاضى عليه مالا فلو أخذ لاينفذ عند الكل إلا إن أخذ على الكتابة قدر أجرة المثل ، فلو أزيد لاينفذ ، والأولى أن لايأخذ مطلقا اه .

[تنبيه] ذكر فى البحر فى كتاب القاضى إلى القاضى عن الولوالجية : لو قال لها أنت طالق البتة فترافعا إلى قاض يراها رجعية وهو يراها بائنة فإنه يتبع رأى القاضى عند محمد، فيحل له المقام معها. وقيل إنه قول أبى حنيفة. وعند أبى يوسف لايحل هذا إن قضى له ، فإن قضى عليه بالبينونة والزوج لايراها يتبع رأى القاضى إجماعا ، هذا كله إذا كان الزوج عالما له رأى واجتهاد، فلو عاميا اتبع رأى القاضى سواء قضى له أو عليه وهذا إذا قضى له ، أما إن أفتى له فهو على الاختلاف السابق ، لأن قول المفتى فى حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده اه أى فيلزم الجاهل اتباع قول المفتى كما يلزم العالم اتباع رأيه واجتهاده ، وبهذا علم أنه لاحاجة إلى التقليد مع القضاء ، لأن القضاء ملزم سواء وافق رأى الزوج أو خالفه ، وكذا مع الإفتاء لو الزوج جاهلا (قوله بل محكم) فى الخانية : حكم المحكم كالقضاء على الصحيح . وفى البزازية وعن الصدر أقول . لايحل لأحد أن يفعل ذلك . وقال الحلوانى : يعلم ولا يفتى به لئلا يتطرق الجهال إلى هدم المذهب اه بحر (قوله بل إفتاء عدل الخ) عطف على مجرور الباء وهو فسخ . وفى البحر عن البزازية : وعن أصحابنا ماهو أوسع من ذلك . وهو أنه لو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين حل له العمل بفتواه وإمساكها . وروى أوسع من هذا . وهو أنه لو أفتاه مفت بالحل ثم أفتاه آخر بالحرمة بعد ماعمل بالفتوى الأولى فإنه يعمل بفتوى الثانى فى حق امرأة أخرى لا فى حق الأولى ، ويعمل بكلا الفتوتين(١) فى حادثتين لكن لايفتى به اه .

قلت : يعنى أن المفتى لايفتى صاحب الحادثة بما يتوصل به إلى فسخ اليمين ، فلا يقول له ارفع الأمر إلى شافعى أحكمه فى ذلك أو استفته ، بل يقول يقع عليك الطلاق ، لأن عليه أن يجيب بما يعتقده ، وليس له أن يدله على مايهدم مذهبه ، وليس المراد أنه لايفتيه بفسخ اليمين إذا فعل صاحب الحادثة شيئا من ذلك ، لما علمت من أن الجاهل يلزمه اتباع رأى القاضى والمفتى. على أن قضاء القاضى فى محل الاجتهاد يرفع الخلاف ، فإذا فعل شيئا من ذلك فعلى الحنفى أن يفتيه بصحة الفسخ .

لايقال : إذا كان ذلك قول محمد فكيف لايفتيه به ، لما علمت من أن ذلك رواية عن محمد ، وأن قوله كقول الشيخين بالوقوع ، وأن ما فى الظهيرية لاينافى ذلك كما قررناه آنفا ، وليس للمفتى الإفتاء بالرواية الضعيفة ، وكونها أفتى بها كثير من أئمة خوارزم لاينافى ضعفها ، ولذا تقدم عن الصدر أنه لا يحل لأحد أن يفعل ذلك ، وكذا ما يقدم عن الحلوانى من أنه يعلم ولا يفتى به ، فلو ثبتت هذه الرواية عن محمد أو كانت صحيحة لبنوا الحكم عليها ولم يحتاجوا إلى بنائه على مذهب الشافعى ، فهذا يدل على أنها رواية شاذة كما يشير إليه كلام المجتبى المار فافهم ه

---

(١) (قول المحشى الفتوتين) وقع فيما سيعترض به على الشارح من أن الصواب الفتويين قاله نصر .

وبفتوتين فى حادثتين ، وهذا يعلم ولا يفتى به بزازية .

(ويبطل تنجيز الثلاث) للحرة والثنتين للأمة (تعليقه) للثلاث وما دونها إلا المضافة إلى الملك كما مر (لاتنجيز مادونها) .

اعلم أن التعليق يبطل بزوال الحل لابزوال الملك ، فلو علق الثلاث أو مادونها بدخول الدار ثم نجز الثلاث ثم نكحها بعد التحليل بطل التعليق فلا يقع بدخولها شىء ، ولو كان نجز مادونها لم يبطل فيقع المعلق كله ، وأوقع محمد بقية الأول وهى مسألة الهدم الآتية ،

هذا ، وفى البحر عن البزازية : والتزوج فعلا أولى من فسخ اليمين فى زماننا ، وينبغى أن يجىء إلى عالم ويقول له ماحلف واحتياجه إلى نكاح الفضولى فيزوجه العالم امرأة ويجيز بالفعل فلا يحنث ، وكذا إذا قال لجماعة لى حاجة إلى نكاح الفضولى فزوجه واحد منهم ، أما إذا قال لرجل اعقد لى عقد فضولى يكون توكيلا اه (قوله وبفتوتين) صوابه وبفتويين بياءين إحداهما منقلبة عن الألف المقصورة والثانية ياء التثنية كما فى تثنية حبلى وقصوى ، قال فى الألفية : آخر مقصور تثنى اجعله يا إن كان عن ثلاثة مرتقيا

مطلب فى معنى قولهم ليس للمقلد الرجوع عن مذهبه

(قوله فى حادثتين) قيد به لأن المستفتى إذا عمل بقول المفتى فى حادثة فأفتاه آخر بخلاف قول الأول ليس له نقض عمله السابق فى تلك الحادثة ، نعم له العمل به فى حادثة أخرى كمن صلى الظهر مثلا مع مس امرأة أجنبية مقلدا لأبى حنيفة فقلد الشافعى ليس له إبطال تلك الظهر ، نعم يعمل بقول الشافعى فى ظهر آخر ، وهذا هو المراد من قول من قال ليس للمقلد الرجوع عن مذهبه ، وتقدم تمام الكلام على ذلك أول الكتاب فى رسم المفتى (قوله ولا يفتى به) علمت وجهه آنفا (قوله تعليقه للثلاث) هذا خاص بالحرة ، وقولهم ومادونها يعم الحرة والأمة ، وتقديره فى الأمة : ويبطل تنجيز الثنتين فى الأمة تعليق مادون الثلاث ، وهو صادق بالثنتين وبالواحدة . وظاهر عبارة الشارح أن ضمير تعليقه للزوج المعلق ، وهو أولى من عوده على الطلاق ، لأن الأصل إضافة المصدر إلى فاعله كما ذكره فى النهر ط (قوله إلا المضافة إلى الملك) أى فى نحو : كلما تزوجت امرأة فهى طالق ثلاثا فطلق امرأته ثلاثا ثم تزوجها فإنها تطلق ، لأن مانجزه غير ماعلقه ، فإن المعلق طلاق ملك حادث فلا يبطله تنجيز طلاق ملك قبله (قوله كما مر) لم يتقدم ذلك فى كلامه صريحا . ويمكن أن يكون مراده ماقدمه فى فصل المشيئة فيما لو قال لها أنت طالق كلما شئت فطلقت بعد زوج آخر لايقع إن كانت طلقت نفسها ثلاثا متفرقة (قوله يبطل بزوال الحل) وذلك بوقوع الثلاث ، وقوله لابزوال الملك : أى بوقوع مادونها ، فإن الملك وإن زال به عند انقضاء العدة لكن الحل ثابت ، فإن له أن يعود إليها بلا زوج آخر محلل ، بخلاف الثلاث ، فإن وقوعها يزيل الحل بالكلية بحيث لايعود إلا بمحلل ؛ ولما كان المعلق هو طلقات هذا للملك بطل التعليق بزوالها لابزوال مادونها (قوله بطل التعليق) أى لزوال الحل بتنجيز الثلاث (قوله لم يبطل) لأنه لم يزل الحل بتنجيز مادون الثلاث وإن زال الملك (قوله فيقع المعلق كله) لأن بطلان التعليق بزوال الحل ولم يزل فيبقى التعليق ، فإذا وجد المعلق عليه وهو دخول الدار يقع المعلق وهو الثلاث ، ولا ينافيه قولهم إن المعلق طلقات هذا الملك وقد زال بعضها ، لأنه مقيد بما إذا كانت الثلاث باقية ، فإذا زال بعضها صار المعلق ثلاثا مطلقة ، كما أفاده فى الفتح وقدمناه قبل هذا الباب (قوله بقية الأول) أى مابقى من طلقات النكاح الأول (قوله وهى مسألة الهدم الآتية) قدمنا قبل هذا

وثمرته فيمن علق واحدة ثم نجز ثنتين ثم نكحها بعد زوج آخر فدخلت له رجعتها خلافا لمحمد ، وكذا يبطل بلحاقه مرتدا بدار الحرب خلافا لهما ، وبفوت محل البر كإن كلمت فلانا أودخلت هذه الدار فمات أوجعلت بستانا كما بسطناه فيما علقناه على الملتقى ، وستجىء مسألة الكوز بفرعها .

الباب الكلام عليها . وحاصلها أن الزوج الثانى يهدم الثلاث ومادونها عندهما ، وعند محمد يهدم الثلاث فقط (قوله وثمرته) أى ثمرة الخلاف فى مسألة الهدم (قوله له رجعتها) أى عندهما ، لأن الزوج الثانى عدم الواحدة الباقية وعادت المرأة إلى الأول بملك جديد فيملك عليها ثلاث طلقات فإذا دخلت الدار تقع واحدة من الثلاث ويبقى منها ثنتان فيملك الرجعة (قوله خلافا لمحمد) فعنده لايملك الرجعة لعودها بما بقى من الملك الأول وهى واحدة ، وقد وقعت بالدخول ط (قوله وكذا يبطل) أى التعليق ، وهذا عطف على المتن ح (قوله بلحاقه) بفتح اللام ط عن القاموس (قوله خلافا لهما) أى للصاحبين ، فعندهما لايبطل التعليق ، لأن زوال الملك لايبطله ، وله أن بقاء تعليقه باعتبار قيام أهليته وبالارتداد ارتفعت العصمة فلم يبق تعليقه لفوات الأهلية ، فإذا عاد إلى الإسلام لم يعد ذلك التعليق الذى حكم بسقوطه بحر عن شرح المجمع للمصنف (قوله وبفوت محل البر الخ) نقله فى البحر عن الثانى ، لكن بلفظ : ومما يبطله فوت محل الشرط كفوت محل الجزاء ؛ كما إذا قال إن كلمت فلانا الخ والتمثيل المذكور لفوات محل الشرط ، فإن الشرط هو كلمت ودخلت : أى مضمونهما وهو الكلام والدخول ؛ ومحلهما هو فلان والدار المشار إليها ، وفوت محل الجزاء كموت المرأة التى هى محل الطلاق ، فإن بفوت هذين المحلين يبطل التعليق ، لأن التعليق لابد أن يكون على أمر على خطر الوجود وقد تحقق عدمه .

ولا يقال : يمكن حياة زيد بعد موته وإعادة البستان دارا لأن يمينه انعقدت على حياة كانت فيه . كما قالوا فى ليقتلن فلانا ، وما أعيد بعد البناء دار أخرى غير المشار إليها كما صرحوا به أيضا فى لايدخل هذه الدار تأمل .

مطلب فى مسألة الكوز

(قوله وستجىء مسألة الكوز بفروعها) أى فى باب اليمين فى الأكل والشرب من كتاب الأيمان .

وحاصلها أن إمكان تصور البر فى المستقبل شرط انعقاد اليمين وشرط بقائها خلافا لأبى يوسف ، فلو حلف ليشربن ماء هذا الكوز اليوم ولاماء فيه أوكان فيه فصب قبل مضى اليوم لايحنث عندهما لعدم انعقادها فى الأول ولبطلانها فى الثانى ، وإن لم يقل اليوم ولاماء فيه فكذلك لعدم انعقادها . أما إن كان فيه ماء فصب فإنه يحنث اتفاقا لانعقادها بإمكان البر ثم يحنث بالصب ، لأن البر يجب عليه كما فرغ ، فإذا صب فات البر فيحنث كمالومات الحالف والماء باق ، بخلاف المؤقتة فإنه لايجب عليه البر إلا فى آخر أجزاء الوقت المعين . ومن فروعها ليقتلن زيدا اليوم ، أوليأكلن هذا الرغيف اليوم ، أوليقضين دينه غدا فمات زيد أو أكل الرغيف غيره قبل مضى اليوم ، أوقضى الدين أو أبرأه فلان قبل الغد لم يحنث ، وتمامه فى البحر من الأيمان .

أقول : وإنما لم يذكر هذا التفصيل فى المسألة السابقة ، لأن شرط الحنث فيها أمر وجودى وهو الكلام أوالدخول فإذا مات أو جعلت بستانا فتقدفات المحل ووقع اليأس من الحنث فلافائدة فى بقاء اليمين ، سواء كانت مؤقتة أو مطلقة بخلاف مالإذا كان شرط الحنث أمرا عدميا ، مثل : إن لم أكلم زيدا أو إن لم أدخل فإنها لاتبطل بفوت المحل بل يتحقق به الحنث لليأس من شرط البر وهذا إذا لم يكن شرط البر مستحيلا ، وإلا فهو مسألة الكوز ، وقد علمت مافيها من التفصيل ، وليس منها قوله لأصعدن السماء ، فإن اليمين فيها منعقدة ويحنث عقبها ، لأن صعود السماء أمر ممكن

[فرع] قال لزوجته الأمة : إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فعتقت فدخلت له رجعتها قنية .

(وألفاظ الشرط) أى علامات وجود الجزاء (إن) المكسورة ؛ فلو فتحها وقع للحال مالم ينو التعليق فيدين ، وكذا لو حذف الفاء من الجواب

فى نفسه ، وقد وقع لبعض الأنبياء وللملائكة وغيرهم ، ولكنه يحنث عقب اليمين أو فى آخر الوقت فى المؤقتة لتحقق اليأس عادة ، وهذا بخلاف مسألة الكوز ، فإن شرب ماليس موجودا فى الكوز أوماأريق منه غيرممكن فى نفسه ولا فى العادة فلذا تبطل اليمين ، ولا يحنث إلا إذا صب منه وكانت اليمين مطلقة كما سيأتى تحقيقه فى الأيمان إن شاء الله تعالى ،وانظر ماسنذكره آخر الباب (قوله له رجعتها) لأنه لما علق الثلاثة كانت أمة وهو لايملك عليها إلا ثنتين فكان معلقا ثنتين ح .

مطلب فى ألفاظ الشرط

(قوله وألفاظ الشرط) عدل عن الأسماء والحروف لاشتمالها عليهما ،وهو بسكون الراء مشتق اشتقاقا كبيرا من الشرط محركة : بمعنى العلامة ؛ سمى بذلك لأنه علامة على ترتيب الثانية على الأولى وسمى الثانى جوابا لأنه لما لزم على القول الأول صار كالكلام الآتى بعد كلام السائل وجزاء تجوزا لأنه لما ترتب على فعل آخر أشبه الجزاء كما فى النهر ، فإضافة الألفاظ إلى الشرط إضافة المسمى إلى الاسم ح وقدمنا فى صدرالكتاب الكلام على الاشتقاق ، والظاهر أنه لا اشتقاق هنا إذ لابد من المغايرة لفظا بل الشرط هنا بمعنى العلامة على شيء خاص تأمل (قوله أى علامات وجود الجزاء) أى أن هذه الأدوات تدل بالذات على وجود الجزاء كما فى النهر : أى عند وجود الشرط ح (قوله فلو فتحها وقع للحال) هو قول الجمهور لأنها للتعليل ، ولا يشترط وجود العلة وقت الوقوع بل يقع الطلاق نظرا لظاهر اللفظ . وزعم الكسائى مناظرا للشيبانى فى مجلس الرشيدأنها شرطية بمعنى إذا ، وهو مذهب الكوفيين ،ورجحه فى المغنى . وعلى كل حال إذا نوى التعليق ينبغى أن تصح نيته نهر مختصرا ،وإلى ذلك أشار الشارح بقوله فيدين ط .

مطلب فيما لو حذف الفاء من الجواب

(قوله وكذا لوحذف الفاء من الجواب) يعنى يقع للحال مالم ينو التعليق فيدين . وعن أبى يوسف أنه يتعلق حملا لكلامه على الفائدة فتضمر الفاء ، والخلاف مبنى على جواز حذفها اختيارا ، فأجازه أهل الكوفة وعليه فرّع أبو يوسف ،ومنعه أهل البصرة وعليه تفرّع المذهب بحر . وذكر قبله عن المغنى أن الأخفش قال : إن ذلك واقع فى النثر الفصيح ، وأن منه — إن ترك خيرا الوصية للوالدين — وقال ابن مالك : يجوز فى النثر نادرا ، ومنه حديث اللقطة « فإن جاء صاحبها وإلا استمتع بها » اه .

قلت : ينبغى فى زماننا إذا قال إن دخلت أنت طالق أن يتعلق قضاء ،لأن العامة لايفرقون بين دخول الفاءوعدمه عند قصد التعليق ، وقد صار ذلك لغتهم ولاسيا مع وقوعه فى الكلام الفصيح كما مر ، وكما فى قوله تعالى — وإن أطعتموهم إنكم لمشركون — وإذا تتلى عليهم آياتنا بينات ماكان حجتهم— والذين إذا أصابهم البغى هم ينتصرون — وغير ذلك،وإن ادعى تأويل الأول بأنه على تقدير القسم والثانى والثالث على جعل إذا لمجرد الوقت بلاملاحظة الشرط فإنه مؤيد لقول الكوفيين والتأويل خلاف الظاهر ،وإذا صار ذلك لغة للعامة ينبغى حمل كلامهم عليه، كما لو تكلم به

فى نحو : طلبية واسمية وبجامــد وبما وقد وبلن وبالتنفيس
كما لخصناه فى شرح الملتقى (وإذا وإذا ما وكل و) لم تسمع (كلما) إلا منصوبة ولو مبتدأ لإضافتها لمبني
(ومتى ومتى ما) ونحو ذلك

من كان من أهل تلك اللغة من العرب ، وكذا لو كان التعليق بلفظ أعجمي، وقد قال العلامة قاسم إنه يحمل كلام كل عاقد وناذر وحالف على لغته ، هذا ماظهرلى والله سبحانه وتعالى أعلم .

ثم رأيت بعد كتابتى لهذا فى شرح نظم الكنز للعلامة المقدسى أقول : ينبغى ترجيح قول أبى يوسف لكثرة حذف الفاء كما سمعت، وقالوا العوام لا يعتبر منهم اللحن فى قولهم أنت واحدة بالنصب الذى لم يقل به أحد اه .

مطلب المواضع التى يجب اقترانها بالفاء

[تنبيه] وجوب اقتران الجواب بالفاء حيث تأخر الجواب كما قدمه الشارح أول الباب ، وإذا كانت الأداة أن تقوم إذا الفجائية مقام الفاء فى ربط الجواب كما تقرر فى محله (قوله فى نحو طلبية الخ) أى فى نحو المواضع السبعة المذكورة فى قول الشاعر طلبية الخ فإنها إذا وقعت جوابا يجب اقترانها بالفاء . قال فى النهر : أى جملة طلبية كالأمر والنهي والاستفهام والتمنى والعرض والتحضيض والدعاء، وأراد بالجامدنعم وبئس وعسي وفعل التعجب، وقوله وبما : أى وبالجملة الفعلية المقرونة بماالنافية، وبقد ظاهرة أومقدرة كمافىالتسهيل . وعبارة الرضي : كل جملة فعلية مصدّرة بحرف سوي لا ولم فى المضارع سواء كان الفعل المصدرماضيا أومضارعا، فدخل النفي بأن كمازاده المرادى ، وزاد المقرونة بالقسم أو رب ، لكن جعل ابن هشام القسمية من الطلبية اه وتمام ذلك فى البحر .

والحاصل أن المزيد أربعة : المقرونة بسوف أو إن أو رب أو القسم ، فالجملة أحد عشر موضعا أشار إليهاالشارح بقوله فى نحو طلبية الخ ، ونظمها المحقق ابن الهمام فى الفتح بقوله :

تعلم جواب الشرط حتم قرانه ... بفاء إذا ما فعــله طلبا أتي
كذا جامدا أو مقسما كإن أو بقد ... ورب وسين أو بسوف ادر يافتي
أو اسمية أو كان منفى ما وإن ... ولن من يحد عما حددناه قد عتا

مطلب مايكون فى حكم الشرط

(قوله وكل) لم يذكر النحاة كلا وكلما فى أدوات الشرط لأنهما ليسا منها، وإنما ذكرهما الفقهاء لثبوت معنى الشرط معهما وهو التعليق بأمر على خطر الوجود، وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذى أضيفا إليه بحر (قوله ولم تسمع كلما إلا منصوبة الخ) قال فى النهر : نقل النحاة أن كلما المقتضية للتكرار منصوبة على الظرفية والعامل فيها محذوف دل عليه جواب الشرط ، والتقدير : أنت طالق كلما كان كذا وكذا ، وما التى معها هى المصدرية التوقيتية . وزعم ابن عصفور أنها مبتدأ وما نكرة موصوفة والعائد محذوف وجملة الشرط والجزاء فى موضع الخبر . ورده أبوحيان بأن كلما لم تسمع إلا منصوبة ، وأنت خبير بأن هذا بعد تسليمه لاينافى كونها مبتدأ ، إذ الفتحة فيها فتحة بناء وبنيت لإضافتها إلى مبنى" اه فمراد الشارح بالنصب مايشمل فتحة الإعراب وفتحة البناء كما هو عرف المتقدمين ، وقوله ولو مبتدأ أى كما هو قول ابن عصفور أشار به إلى الرد على أبى حيان ، فإن المسموع فيها فتح لامها ، ولا ينافى ذلك كونها مبتدأ بجعل الفتحة فتحة بناء لإضافتها إلى مبنى فقد أفاد ما فى النهر بأوجز عبارة فافهم (قوله ونحو ذلك) أشار به إلى أنه ليس المراد حصر ألفاظ الشرط بالستة المذكورة فإن منها لو ومن وأين وأيان وأنى وأيّ وماوفى الفتح

كلو كأنت طالق لو دخلت الدار تعلق بدخولها ، ومن نحو من دخل منكن الدار فهى طالق ، فلو دخلت واحدة مرارا طلقت بكل مرة ، لأن الدخول أضيف إلى جماعة فازداد عموما ، كذا فى الغاية وهى غريبة وجعله فى البحر أحد القولين (وفيها) كلها (تنحل) أى تبطل (اليمين) ببطلان التعليق (إذا وجد الشرط مرة إلا فى كلما فإنه ينحل بعد الثلاث) لاقتضائها عموم الأفعال

فرع قال : أنت طالق لولا دخولك أو لولا أبوك أو صهرك لا يقع وكذا فى الإخبار بأن قال : طلقتك بالأمس لولا كذا اهـ . قلت : ومنها ما أفاد معناها :

ففى البحر : أنت طالق بدخول الدار أو بحيضك لم تطلق حتى تدخل أو تحيض ، لأن الباء للوصل والإلصاق وإنما يتصل الطلاق ويلصق بالدخول إذا تعلق به ، ولو قال أنت طالق على دخولك الدار إن قبلت يقع وإلا فلا ، لأنه استعمل الدخول استعمال الأعواض فكان الشرط قبول العوض لا وجوده كما لو قال على أن تعطينى ألف درهم اهـ .

قلت : وقد يكون الكلام متضمنا للتعلق بدون تصريح بأداته كما مر فى قوله ويكفى معنى الشرط الخ ، ومنه مافى البحر حيث قال : وفى المحيط : وعن أبى يوسف : لو قال أنت طالق لدخلت فهذا يخبر أنه دخل الدار وأكده باليمين فيصير كأنه قال إن لم أكن دخلت الدار ، فإن لم يكن دخل طلقت ، ولو قال : أنت طالق لادخلت الدار يتعلق بالدخول اهـ . ثم قال : ولو قال : أنت طالق ووالله لا أفعل كذا فهو تعليق ويمين ، ولو قال : أنت طالق والله لاأفعل كذا طلقت للحال ذكرهما فى جوامع الفقه اهـ .

قلت : والفرق أنه إذا لم يعطف القسم تعين مابعده جوابا له وصار فاصلا ، فلم يصلح أنت طالق للتعليق فتنجز ومنه أيضا علىّ الطلاق لا أفعل كذا (قوله كلو) هذا ماجزم به فى البحر من أن المذهب أنها بمعنى الشرط ، خلافا لما فى الفتح من أنها لتحقيق عدم الشرط فلا تأتى للتعليق على مافيه خطر الوجود (قوله تعلق بدخولها) كذا فى المحيط . وفيه : وعن أبى يوسف : أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك فهذا رجل حلف بطلاق امرأته ليطلقنها إن دخلت الدار فإذا دخلت لزمه أن يطلقها وإلا يقع إلا بموت أحدهما كقوله إن لم آت البصرة اهـ بحر ، وقدمنا الكلام فى ذلك أوائل باب الصريح (قوله فازداد عموما) فيه أن الفعل لا عموم له . وعبارة الغاية كما فى الفتح والبحر : لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيزداد به عمومه عرفا مرة بعد أخرى اهـ فمراده بالعموم التكرار (قوله وهى غريبة) أى لمخالفتها لقول المتون ، وفيها تنحل اليمين إذا وجد الشرط مرة إلا فى كلما ، وجزم بغرابتها فى الفتح والبحر ، واستشكلها الزيلعى (قوله وجعله فى البحر أحد القولين) ذكر ذلك عند قول الكنز : ففيها إن وجد الشرط حيث قال : والحق أن مافى الغاية أحد القولين نقل القولين فى القنية فى مسألة صعود السطح اهـ ونقل هنا عن المعراج :

وعن بعض الحنابلة أن متى تقتضى التكرار ، والصحيح أن غير كلما لا يوجب التكرار اهـ فأفاد ضعف هذا القول ، وضعف ماعن بعض الحنابلة فافهم (قوله أى تبطل اليمين) أى تنتهى وتتم ، وإذا تمت حنث فلا يتصور الحنث ثانيا إلا بيمين أخرى لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة نهر (قوله ببطلان التعليق) فيه أن اليمين (١) هنا هى التعليق (قوله إلا فى كلما) فإن اليمين لاتنتهى بوجود الشرط مرة ، وأفاد حصره أن متى لاتفيد التكرار ، وقيل تفيده :

---

(١) (قوله فيه أن اليمين الخ) قال شيخنا : يمكن تصحيح العبارة بأن يراد باليمين فعل الفاعل الذى هو الإلزام وبالتعليق نفس جملتى الشرط والجزاء اهـ ويمكن أن يراد باليمين نفس الطلاق المعلق ، وبالتعليق معناه العرفى الذى هو ربط الطلاق بدخول الدار مثلا . وأظن أن هذا أحسن لإطلاق اليمين على نفس الطلاق كثيرا فى لسان الفقهاء ، تأمل بإنصاف اهـ .

كاقتضاء كل عموم الأسماء (فلا يقع إن نكحها بعد زوج آخر إلا إذا دخلت) كلما (على التزوج نحو : كلما تزوجت فأنت كذا) لدخولها على سبب الملك وهو غير متناه ؛ ومن لطيف مسائلها لوقال لموطوءته : كلما طلقتك

والحق أنها إنماتفيد عموم الأوقات ، ففي متى خرجت فأنت طالق المفاد أن أىّ وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق ثم لايقع بخروج آخر ؛ وإن المقرونة بلفظ أبدا كمتى ، فإذا قال إن تزوجت فلانة أبدا فهى كذا فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لاتطلق ، لأن التأبيد إنما ينفى التوقيت فيتأبد عدم التزوج ولا يتكرر ، وأى كذلك ؛ حتى لو قال : أى امرأة أتزوجها فهى طالق لايقع إلا على امرأة واحدة كما فى المحيط وغيره، بخلاف : كل امرأة أتزوجها نهر . والفرق أن لفظ كل للعموم ولفظ أىّ إنما يعم بعموم الصفة ، لقولهم فى : أى عبيدى ضربته فهو حر لايتناول إلا واحدا لأنه أسند إلى خاص ، وفى أىّ عبيدى ضربك يعتق الكل إذا ضربوا لإسناده إلى عام ، وفى أىّ امرأة زوجت نفسها منى فهى طالق يتناول الجميع ، وتمام تحقيقه فى البحر (قوله كاقتضاء كل عموم الأسماء) لأن كلماتدخل على الأفعال وكل تدخل على الأسماء ، فيفيد كل منهما عموم مادخلت عليه ، فإذا وجد فعل واحد أو اسم واحد فقدوجد المحلوف عليه فانحلت اليمين فى حقه وفى حق غيره من الأفعال والأسماء باقية على حالها فيحنث كلما وجد المحلوف عليه غير أن المحلوف عليه طلقات هذا الملك وهى متناهية .

فالحاصل أن كلما لعموم الأفعال وعموم الأسماء ضرورى ، فيحنث بكل فعل حتى تنتهى طلقات هذا الملك ، وكل لعموم الأسماء وعموم الأفعال ضرورى ؛ ولو قال المصنف إلا فى كل وكلما لكان أولى ، لأن اليمين فى كل وإن انتهت فى حق اسم بقيت فى حق غيره من الأسماء.

ومن فروعها ، لو كان له أربع نسوة فقال كل امرأة تدخل الدار فهى طالق فدخلت واحدة طلقت ولو دخلن طلقن ، فإن دخلت تلك المرأة مرة أخرى لاتطلق ؛ ولو قال : كلما دخلت فدخلت امرأة طلقت ؛ ولو دخلت ثانيا تطلق وكذا ثالثا ، فإن تزوجت بعد الثلاث وعادت إلى الأول ثم دخلت لم تطلق خلافا لزفر .

ومنها لو قال : كلما دخلت فامرأتى طالق وله أربع نسوة فدخل أربع مرات ولم يعن واحدة بعينها يقع بكل دخلة واحدة ، إن شاء فرّقها عليهن وإن شاء جمعها على واحدة بحر . وفى الشرنبلالية : فرع يكثر وقوعه : قال فى السراج نقلا عن المنتقى قال : إن تزوجت امرأة فهى طالق ثلاثا وكلما حلت حرمت فتزوجها فبانت بثلاث ثم تزوجها بعد زوج يجوز ، وإن عنى بقوله كلما حلت حرمت الطلاق فليس بشىء ، وإن لم يكن أراد به طلاقا فهو يمين اهـ .

قلت : ولعل وجهه أن قوله وكلما حلت حرمت ليس تعليقا بالملك الخاص ، لأنه لايلزم أن يكون حلها بالعقد لجواز أن ترتد ثم تسترق فليتأمل (قوله فلا يقع) تفريع على قوله فإنه ينحل بعد الثلاث ، وإنما لم يقع لأن المحلوف عليه طلقات هذا الملك وهى متناهية كما مر . أما لو كان الزوج الآخر قبل الثلاث فإنه يقع ما بقى (قوله لدخولها على سبب الملك) أى التزوج ، فكلما وجد هذا الشرط وجد ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه بحر ، وفيه عن الكافى وغيره : لو قال كلما نكحتك فأنت طالق فنكحها فى يوم ثلاث مرات ووطئها فى كل مرة طلقت طلقتين وعليه مهران ونصف . وقال محمد : بانت بثلاث ، وعليه أربعة مهور ونصف اهـ .

قلت : ووجهه كما فى الولوالجية أنه لما تزوجها أولا وقعت واحدة ووجب نصف مهر ، فإذا دخل بها وجب مهر كامل لأنه وطء بشبهة فى المحل ووجبت العدة ، فإذا تزوجها ثانيا وقعت أخرى وهذا طلاق بعد الدخول معنى ، فإن من تزوج المعتدة وطلقها قبل الدخول بها يكون عند أبى حنيفة وأبى يوسف طلاقا بعد الدخول

فأنت طالق فطلقها واحدة تقع ثنتان، وفى : كلما وقع عليك طلاقى يقع ثلاث لتكرار الوقوع لـكنه لايزيد على الثلاث (وزوال الملك)

معنى فيجب مهر كامل فصار مهران ونصف ، فإذا دخل بها وهى معتدة عن رجعى صار مراجعا ولا يجب بالوطء شيء ، فإذا تزوجها ثالثا لم يصح النكاح لأنه تزوجها وهى منكوحته اه (قوله لتكرار الوقوع) إشارة إلى الفرق .

وحاصله أنه فى الأول علق وقوع الطلاق على إيقاعه الطلاق ، فإذا طلق مرة يقع الطلاق عليها مرة أخرى ، ولا تقع الثالثة لأن الثانية واقعة وليست بموقعة ، بخلاف الثانى فإن المعلق عليه فيه وقوع الطلاق الصادق بالإيقاع فإن الإيقاع يستلزم الوقوع ، فإذا طلقها مرة وجد الشرط فتقع أخرى ، وبوقوع أخرى وجد شرط آخر فتقع أخرى اه ح .

مطلب المنعقد بكلمة كلما أيمان منعقدة للحال لا يمين واحدة

[تنبيه] المنعقد بكلمة كلما أيمان منعقدة للحال ، لأن كلما بمنزلة تـكرار الشرط والجزاء، وهذه رواية الجامع وعليها الفتوى لأنها أحوط . وفى رواية المبسوط : المنعقد للحال يمين واحدة ويتجدد انعقادها مرة بعد أخرى كلما حنث اه محيط .

وينبغى أن تظهر الثمرة فيما إذا قال : كلما حلفت فأنت طالق ثم علق بكلمة كلما فيقع الآن ثلاث على الأول وواحدة على الثانى . وفى قضاء البزازية قال : كلما تزوجتك فأنت كذا ثلاثا فتزوجها وفسخ اليمين شافعى ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ، فعلى رواية الجامع وهى الأصح يحتاج إلى الحكم بالفسخ ثانيا بحر ملخصا .

مطلب زوال الملك لا يبطل اليمين

(قوله وزوال الملك لايبطل اليمين) أى زواله بما دون الثلاث كما فى الفتح ،وأطلقه اكتفاء بما مر من أن التعليق يبطل بزوال الحل : أى بتنجيز الثلاث ، نعم يرد عليه أنه يبطل بالردة مع اللحاق خلافا لهما . وأجاب فى البحر بأن البطلان فيه لخروج المعلق عن الأهلية لا لزوال الملك . واعترضه فى النهر بأن عتق مدبريه وأمهات أولاده دليل زوال ملكه ، وقيد بزوال الملك لأن زوال محل البر مبطل لليمين كما مر .

فإن قلت : قد جعلوا زوال الملك مبطلا لليمين فيما لو حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فخرجت بعد الطلاق وانقضاء العدة لم يحنث وبطلت اليمين بالبينونة ، حتى لو تزوجها ثانيا ثم خرجت بلا إذن لم يحنث .

قلت : اليمين مقيدة بحال ولاية الإذن والمنع بدلالة الحال وذلك حال قيام الزوجية فسقط اليمين بزوال الزوجية كمالوحلف لايخرج إلابإذن غريمه فقضى دينه ثم خرج لم يحنث ، بخلاف إلا بإذن فلان ولامعاملة بينهما لأنها مطلقة كما فى المحيط بحر .

وحاصله أنها لم تبطل لزوال الملك بل لفقد شرط قيدت به اليمين . ونظيره : لو حلفه الوالى ليعلمنه بكل مفسد تقيد بحال قيام ولايته كما سيأتى فى الأيمان .

[تنبيه] استثنى فى البحر من عدم بطلانها بزوال الملك فرعا . فى القنية : إن سكنت فى هذه البلدة فامرأته طالق وخرج على الفور وخلع امرأته ثم سكنها قبل انقضاء العدة لا تطلق لأنها ليست امرأته وقت وجود الشرط اه . قال فى البحر : فقد بطلت اليمين بزوال الملك هنا ، فعلى هذا يفرق بين كون الجزاء فأنت طالق

من نكاح أويمين (لايبطل اليمين) فلوأبانها أوباعه ثم نكحها أو اشتراه فوجد الشرط طلقت وعتق لبقاء التعليق ببقاء محله (وتنحل) اليمين (بعد) وجود (الشرط مطلقا) لكن إن وجد فى الملك طلقت وعتق وإلا لا ، فحيلة من علق الثلاث بدخول الدار أن يطلقها واحدة ثم بعد العدة تدخلها فتنحل اليمين فينكحها .

وبين كونه فامرأته طالق لأنها بعد البينونة لم تبق امرأته فليحفظ هذا فإنه حسن جدا اهـ . وسيذكره الشارح فى الفروع . وحاصله تقييد قولهم زوال الملك لايبطل اليمين بما إذا لم يكن الجزاء فامرأته طالق ، أما لو كان كذلك فإنها تبطل .

أقول : مافى القنية ضعيف لأنه مبنى على اعتبار حالة الشرط بدليل التعليل بقوله لأنها وقت وجود الشرط ليست امرأته ، وهو خلاف الأظهر . ففى القنية أيضا : إن فعلت كذا فحلال الله علىّ حرام ثم قال إن فعلت كذا فحلال الله علىّ حرام ففعل أحد الفعلين حتى بانت امرأته ثم فعل الآخر ، فقيل لا يقع الثانى لأنها ليست امرأته عند وجود الشرط ، وقيل يقع وهو الأظهر اهـ .

فأفاد أن الأظهر اعتبار حالة التعليق لاحالة وجود الشرط ، وهى فى حالة التعليق كانت امرأته فلا يضر بينونتها بعده ، وهذا هو الموافق لما أطلقه أصحاب المتون هنا ، ولما صرحوا به أيضا فى الكنايات من أن البائن لايلحق البائن إلا إذا كان البائن معلقا قبل إيجاد المنجز البائن ، كقوله : إن دخلت الدار فأنت بائن ثم أبانها ثم دخلت بانت بأخرى وذلك باعتبار حالة التعليق ، فإنها كانت امرأة له من كل وجه ؛ ولو اعتبر حالة وجود الشرط لزم أن لايقع المعلق ، فقد ظهر أن المرجح اعتبار حالة التعليق .

مطلب مهم : الإضافة للتعريف لاللتقييد فيما لو قال لاتخرج امرأتى من الدار

وعليه مافى البحر عن المحيط : لو حلف لاتخرج امرأته من هذه الدار فطلقها وانقضت عدتها وخرجت ، أو قال إن قبلت امرأتى فلانة فعبدى حر فقبلها بعد البينونة يحنث فيهما ، لأن الإضافة للتعريف لا للتقييد اهـ وكذا ماقدمناه عن البحر : لو قال كلما دخلت فامرأتى طالق وله أربع نسوة فدخل أربع مرات الخ فإن تصريحه بأن له أن يجمعها على واحدة يشمل ماإذا كانت غير موطوءة وذلك بناء على اعتبار حالة التعليق ؛ لأنها وقته كانت امرأته فدخلت فى الأيمان الثلاث ، لما علمت من ترجيح أن المنعقد بكلمة كلما أيمان منعقدة للحال ، وينبغى على القول بأنه كلما حنث ينعقد يمين آخر أنه لا يملك جمعها على واحدة لأنها بعد الحنث لم تبق امرأته فلا تدخل فى اليمين المنعقدة بعده ، لما قدمناه فى آخر الكنايات من أنه إذا قال : كل امرأة لى لاتدخل المبانة بالخلع والإيلاء إلا أن يعينها فاغتنم تحقيق هذا المقام وعليك السلام (قوله من نكاح أو يمين) بيان للملك ، وقوله فلو أبانها أو باعه الخ تفريع عليهما بطريق النشر المرتب (قوله فلو أبانها) أى بما دون الثلاث (قوله وتنحل اليمين الخ) لا تكرار بين هذه وبين قوله فيما سبق وفيها تنحل اليمين إذا وجد الشرط مرة ، لأن المقصود هناك الانحلال بمرة فى غير كلما وهنا مجرد الانحلال اهـ ح ولأنه هنا بين انحلالها بوجودها فى غير الملك بخلاف ماسبق ط (قوله مطلقا) أى سواء وجد الشرط فى الملك أولا كما يدل عليه اللاحق ح (قوله لكن إن وجد فى الملك طلقت) أطلق الملك فشمل ما إذا وجد فى العدة والمراد وجود تمامه فى الملك لاجميعه ، حتى لو قال : إن حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت الأولى فى غير ملكه والثانية فى ملكه طلقت ، وتمامه فى البحر ، وسيأتى عند قول المصنف علق الثلاث بشيئين يقع المعلق إن وجد الثانى فى الملك وإلا لا (قوله فحيلة الخ) تفريع على قوله وإلا لا .

(فإن اختلفا فى وجود الشرط) أى ثبوته ليعم العدمى (فالقول له مع اليمين) لإنكاره الطلاق ، ومفاده أنه لو علق طلاقها بعدم وصول نفقتها أياما فادعى الوصول وأنكرت أن القول له ، وبه جزم فى القنية ، لكن صحح فى الخلاصة والبزازية أن القول لها ، وأقره فى البحر والنهر ، وهو يقتضى تخصيص المتون ؛ لكن قال المصنف: وجزم شيخنا فى فتواه بما تفيده المتون والشروح لأنها الموضوعة لنقل المذهب كما لايخفى

مطلب اختلاف الزوجين فى وجود الشرط

(قوله فى وجود الشرط) أى أصلا أو تحققا كما فى شرح المجمع : أى اختلفا فى وجود أصل التعليق بالشرط أو فى تحقق الشرط بعد التعليق .

وفى البزازية : ادعى الاستثناء أو الشرط فالقول له . ثم قال : وذكر النسفى : ادعى الزوج الاستثناء وأنكرت فالقول لها ولايصدق بلا بينة ، وإن ادعى تعليق الطلاق بالشرط وادعت الإرسال فالقول له اه وسيذكر المصنف الاختلاف فى دعوى الاستثناء . وظاهر ماذكر عن النسفى أن الاختلاف غير جار فى دعوى الشرط تأمل .

وفى البحر عن القنية : ادعت أنه طلقها من غير شرط والزوج يقول طلقتها بالشرط ولم يوجد فالبينة فيه للمرأة ؛ ولو ادعت عليه أنه حلف لايضربها وادعى هو أنه لايضربها من غير ذنب وأقاما البينة فيثبت كلا الأمرين وتطلق بأيهما كان اه (قوله ليعم العدمى) نحو إن لم تدخلى الدار اليوم (قوله فالقول له) أى إلا إذا لم يعلم وجوده إلا منها ففيه القول لها فى حق نفسها كما يأتى (قوله لإنكاره الطلاق) أى إنكاره وقوعه ؛ وهذا أولى من التعليل بأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط لأنه لايشمل مثل : إن لم أجامعك فى حيضتك فالقول له أنه جامعها مع أن الظاهر شاهد لها من وجهين : كون الأصل عدم العارض ، وكون الحرمة مانعة له من الجماع (قوله ومفاده) أى مفاد إطلاق قوله فالقول له(قوله أن القول له) بكسر الهمزة والجملة جواب لو ، وهى وجوابها خبر أن الأولى المفتوحة الهمزة والمصدر المنسبك من المفتوحة وجملتها خبر المبتدإ وهو مفاد .

قال فى البحر : ثم اعلم أن ظاهر المتون يقتضى أنه لو علق طلاقها بعدم وصول نفقتها شهرا ثم ادعى الوصول وأنكرت فالقول قوله فى عدم وقوع الطلاق ، وقولها فى عدم وصول المال الخ (قوله فادعى الوصول) أى بعد مضى الأيام المعينة كما فى القنية والذخيرة (قوله وبه جزم فى القنية) كذا قاله فى البحر والنهر ، لكن الذى رأيته فى القنية رامزا للعيون وللأصل القول للمرأة ، ثم رمز للمنتقى على العكس : أى القول للرجل (قوله وأقره فى البحر) حيث قال فى فصل الأمر باليد ، قيل القول له لأنه ينكر الوقوع ، لكن لايثبت وصول النفقة إليها . والأصح أن القول قولها فى هذا وفى كل موضع يدعى إيفاء حق وهى تنكر اه . وقال هنا : وكأنه ثبت فى ضمن قبول قولها فى عدم وصول المال اه . ونقل الخير الرملى أيضا تصحيحه عن الفيض والفصول .

ثم اعلم أنه ذكر فى جامع الفصولين برمز فوائد صدر الإسلام أنه قال فى مسألة النفقة : لو نشزت حتى مضت المدة ينبغى أن لاتطلق لأنها لما نشزت لم يبق لها نفقة (قوله وهو يقتضى تخصيص المتون) أى تخصيصها بكون القول له إذا لم يتضمن دعوى إيصال مال حملا للمطلق على المقيد (قوله وجزم شيخنا) يعنى الشيخ زين بن نجيم صاحب البحر ، حيث سأل عمن حلف بالطلاق لدائنه أنه يدفع له الدين فى وقت معين ، فأجاب بأنه يصدق فى الدفع بيمينه بالنسبة إلى عدم وقوع الطلاق ، ولا يبرأ من الدين ، ويحلف الدائن على عدم القبض ويستحقه اه .

قلت : وهذا نظير المأمور بدفع الدين إذا ادعى الدفع من مال الآمر فإنه يصدق فى حق براءة نفسه لا فى حق براءة الآمر .

(إلا إذا برهنت) فإن البينة تقبل على الشرط وإن كان نفيا كإن لم تجئ صهرتى الليلة فامرأتى كذا فشهد أنها لم تجئه قبلت وطلقت منح .

وفى التبيين : إن لم أجامعك فى حيضتك فأنت طالق للسنة ثم قال جامعتك إن حائضا فالقول له ، لأنه يملك الإنشاء وإلا لا .

هذا ، وقد علم مما قدمناه عن القنية وعن صاحب البحر أن فى المسألة قولين فقط : أحدهما القول بالتفصيل . والآخر كون القول للمرأة فى حق الطلاق وفى حق عدم وصول المال ، وأما كون القول للرجل فى الأمرين فلا قائل به خلافا لما توهمه الخير الرملى ، وكذا صاحب نور العين من كلام جامع الفصولين ، حيث ذكر أن القول للرجل لأنه منكر للحكم . ثم ذكر أن القول لها وأنه الأصح ، ثم رمز للذخيرة التفصيل ، فتوهم منه أن الأقوال ثلاثة مع أنه لا يمكن أن يقال إن القول له فى إيفاء المال إليها أو إلى الدائن أصلا ، إذ لا وجه له مع ما يلزم عليه من اتخاذ ذلك حيلة لكل مديون أراد منع الحق عن مستحقه حيث يمكنه أن يعلق الطلاق على عدم الأداء فى وقت معين ثم يدعى الأداء ، وهذا مما لا يقول به أحد فضلا عن أن يكون هو المفاد من المتون والشروح ، فعلم أن ما حكاه فى جامع الفصولين آخرا هو المراد بالقول الذى ذكره أولا ، ويدل عليه التعليل بأنه منكر للحكم : أى حكم التعليق وهو الحنث عند وجود الشرط فتدبر (قوله إلا إذا برهنت) وكذا لو برهن غيرها لأنه لا يشترط دعوى المرأة للطلاق ، ولا أن تبرهن لأن الشهادة على عتق الأمة وطلاق المرأة تقبل حسبة بلا دعوى ؛ أفاده فى البحر ؛ ولو برهنا فالظاهر ترجيح برهانها لأنه إذا كان القول له كان برهانه لغوا ، ويدل عليه أيضا ما قدمناه عن البحر عن القنية فيما لو ادعت أنه طلقها بلا شرط الخ (قوله وإن كان نفيا) لأنها على النفى صورة وعلى إثبات الطلاق حقيقة ، والعبرة للمقاصد لا للصورة ، كما لو شهدا أنه أسلم واستثنى وشهد آخران أنه أسلم ولم يستثن تقبل الثانية ولو كان فيها نفى ، إذ غرضهما إثبات إسلامه .

ويشكل عليه ما سيأتى فى الأيمان : لو قال عبده حر إن لم يحج العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق خلافا لمحمد ، لأنها شهادة نفى معنى لأنها بمعنى لم يحج العام ، فهذا يدل على أن شهادة النفى لا تقبل على الشرط ، ولذا قال فى الفتح إن قول محمد أوجه ، لكن قيل إن علة عدم العتق اشتراط الدعوى فى شهادة عتق العبد ؛ وعليه فلو كانت أمة تعتق اتفاقا إذ لا تشترط دعواها ، فحينئذ لا إشكال ، أفاده فى البحر (قوله لأنه يملك الإنشاء) أى فلا يتهم ، أما إن كانت طاهرة فلا يصدق لأنه يريد إبطال حكم واقع فى الظاهر لوجود وقت السنة ، وقد اعترف بالسبب ، لأن المضاف سبب للحال زيلعى .

قلت : وهذا مشكل لأن الاعتراف بالسبب إنما يثبت عند ثبوت الشرط وقد أنكر الشرط ، نعم هذا يظهر لو قال أنت طالق للسنة بدون تعليق . ففى البحر عن الكافى : لو قال لامرأته الموطوءة أنت طالق للسنة لا يقع إلا فى طهر خال عن الطلاق ، والوطء عقيب حيض خال عن الطلاق والوطء ، فإذا حاضت وطهرت وادعى الزوج جماعها أو طلاقها فى الحيض لا يقبل قوله فى منع الطلاق السنى لانعقاد المضاف سببا للحال ، وإنما يتراخى حكمه فقط ، فدعوى الطلاق أو الجماع بعده دعوى المانع ، فلا يقبل قوله فى منع وقوع الطلاق فى الطهر ، لكن يقع طلاق آخر بإقراره بالطلاق فى الحيض ، وإن ادعى الطلاق أو الجماع وهى حائض صدق ، ولو قال : إن لم أجامعك فى حيضتك فأنت طالق فادعى الجماع فى الحيض لا تطلق ، لأنه علق الطلاق بصريح الشرط ، والمعلق بالشرط إنما ينعقد سببا عند الشرط لما عرف ، فإذا أنكر الشرط فقد أنكر السبب ، فيقبل قوله ؛ وكذا لو قال : والله

قلت : فالمسألة السابقة والآتية ليستا على إطلاقهما (وما لايعلم) وجوده (إلا منها صدقت فى حق نفسها خاصة) استحسانا بلا يمين نهر بحثا ،

لا أقربك أربعة أشهر فمضت المدة ثم ادعى قربانها فى المدة لا يقبل ، لأن الإيلاء سبب فى الحال لكن تراخى وقوع الطلاق إلى مضى المدة وقد مضت المدة ووقع ظاهرا ، فدعوى القربان دعوى المانع فلا يقبل ؛ولو ادعى القربان قبل مضى المدة يقبل قوله لأنه لم يقع الطلاق بعد ، وقد أخبر عما يملك إنشاءه فيقبل قوله ، ولو قال : إن لم أقربك فى أربعة أشهر فأنت طالق فمضت المدة ثم ادعى القربان فى المدة لايقع ، لأنه علق الطلاق بصريح الشرط ، فمتى أنكر الشرط فقد أنكر السبب فيقبل قوله اه فهذا كما ترى مخالف لما مر عن الزيلعى فليتأمل (قوله فالمسألة السابقة) هى قوله فإن اختلفا فى وجود الشرط الخ ، والآتية هى قوله إن حضت كما بينه الشارح فيها ح . والأحسن تفسير الآتية بقوله وما لايعلم إلا منها الخ (قوله ليستا على إطلاقهما) فتقييد الأولى بما إذا كان يملك الإنشاء ، وتقييد الآتية بما إذا كان لا يملكه أخذا من هذا التفصيل المذكور هنا وما قاله الشارح تبع فيه ابن كمال فى شرح الإصلاح وفيه بحث . أما أولا فلما علمت من مخالفة هذا التفصيل لما ذكرناه عن الكافى ، وأما ثانيا فلأن الاختلاف هنا فى الجماع لافى الحيض ، والجماع ليس مما لايعلم وجوده إلا منها ، لأن الرجل يعلمه لكونه فعله . وأما ثالثا فلأنه لو سلم هذا التفصيل فى هذه المسألة لايلزم منه تقييد هاتين المسألتين اللتين هما قاعدتان تحتهما مسائل جزئية لها ، قد أطلق بعضها وصرح فى بعضها بما يخالف هذا التفصيل كما قدمناه فى مسألة النفقة عن الذخيرة والقنية من دعوى الوصول بعد مضى الأيام المعينة ، وكما قدمناه عن الكافى قريبا فى قوله إن لم أقربك فى أربعة أشهر من أن الدعوى بعد مضى المدة فقد قبل قوله مع أنه لايملك الإنشاء فتدبر (قوله وما لايعلم إلا منها) قيد به ، لأنه لو كان يعلم من غيرها توقف الوقوع على تصديقه أو البينة كالدخول والكلام اتفاقا .

واختلفوا فيما لو علق بولادتها ، فقالا : يقع بشهادة القابلة ، وعنده لابد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين جوهرة ، ولا يشمل مالو قال إن شربت مسكرا بغير إذنك فأمرك بيدك وشرب ثم اختلفا فالقول له لأنه ينكر وقوع الطلاق مع أن الإذن لايستفاد إلا منها لكن يطلع عليه بالقول بخلاف الحيض والمحبة (قوله استحسانا) والقياس أن يكون القول قوله لأنها تدعى شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول قوله ولا تصدق إلا بحجة كغيره من الشروط .

وجه الاستحسان أن هذا الأمر لايعرف إلا من قبلها ؛ وقد ترتب عليه حكم شرعى فيجب عليها أن تخبر كى لاتقع فى الحرام ، إذ الاجتناب عنه واجب عليهما شرعا فيجب طريقه وهو الإخبار فتعينت له ، فيجب قبول قولها لتخرج عن عهدة الواجب زيلعى (قوله نهر بحثا) أصل البحث لأخيه صاحب البحر ،حيث قال : وظاهره أنه لايمين عليها ، ويدل عليه قولهم إن الطلاق المعلق بإخبارها وقد وجد ، ولا فائدة فى التحليف لأنه وقع بقولها والتحليف لرجاء النكول ، وهى لو أخبرت ثم قالت كنت كاذبة لايرتفع الطلاق لتناقضها اه لكن فى حواشى مسكين : نقل الحموى عن رمز المقدسى أن عليها اليمين بالإجماع ، إذ ليس هذا من المواضع المستثناة من قولهم كل من قبل قوله فعليه اليمين اه .

قلت : ولا يخفى ما فيه لما علمت من عدم الفائدة فى التحليف ، ومن وجه الاستحسان ، وعدم ذكرها فى المستثنيات لايدل على عدم كونها منها ، فكم من أصل استثنى منه أشياء مع بقاء غيرها لكون ذلك بحسب ما خطر فى ذهن المستثنى ولا سيما مع ظهور الوجه ، نعم هذا فى القضاء ظاهر ؟ وأما فى الديانة فينبغى التفرقة بين الحيض

ومراهقة كبالغة واحتلام كحيض فى الأصح (كقوله إن حضت فأنت طالق وفلانة ، أو إن كنت تحبين عذاب الله فأنت كذا أو عبده حر ، فلو قالت حضت) والحيض قائم ، فإن انقطع

والمحبة ، لأن تعلق الطلاق بإخبارها قضاء وديانة إنما هو فى المحبة ، أما فى الحيض فلا تطلق ديانة إلا إذا كانت صادقة كما تعرفه قريبا فافهم (قوله ومراهقة كبالغة) وأما حكم الصغيرة التى لايحيض مثلها والآيسة ؛ فقال فى النهر لم أره ، وينبغى أن يقبل من الآيسة لا الصغيرة (قوله واحتلام كحيض فى الأصح) قال فى النهر : واختلف فيما لو قال لعبده إن احتلمت فأنت حر فقال احتلمت ، فروى هشام أنه لايصدق ، والأصح أنه يصدق لأن الاحتلام لايعرفه غيره كالحيض كذا فى المحيط (قوله كقوله إن حضت الخ) اعلم أن التعليق بالمحبة كالتعليق بالحيض إلا فى شيئين :

أحدهما أن التعليق بالمحبة يقتصر على المجلس لكونه تخييرا ، حتى لو قامت وقالت أحبك لاتطلق ، والتعليق بالحيض لايبطل بالقيام كسائر التعليقات .

الثانى أنها إن كانت كاذبة فى الإخبار تطلق فى التعليق بالمحبة لما قلنا . وفى التعليق بالحيض لاتطلق فيما بينه وبين الله تعالى زيلعى ، ومثله فى الفتح وغيره .

وفى كافى الحاكم الشهيد : ولو قال أنت طالق إن كنت تحبين كذا وكذا لشىء يعرف أنها تحبه أو لاتحبه كالموت والعذاب فقالت أنا أحبه فالقول قولها مادامت فى مجلسها ، وكذا إن كنت تبغضين كذا لشىء يعلم أنها تحبه كالحياة والغنى فقالت أنا أبغضه فهى طالق ، وإن قال أنت طالق ثلاثا إن كنت تحبين كذا فقالت لست أحبه وهى كاذبة لم يقع ، وكذا لو قال أنت طالق ثلاثا إن كنت أنا أحب ذلك ثم قال لست أحبه وهو كاذب فهى امرأته ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يطأها ، وكذلك اليمين على البغض ، وكذلك لو قال : إن كنت تحبين الطلاق بقلبك أو تريدينه أو تشتهينه بقلبك دون لسانك فأنت طالق ثلاثا فقالت لا أشاء ولا أحب ولا أهوى ولا أريد ولا أشتهى فهى امرأته ، ولا تصدق بعد ذلك على قولها خلافه ، وإن كانت فى مجلسها ذلك أو سكتت فلم تقل شيئا حتى يقوم فهى امرأته ، وإن كان فى قلبها خلاف ما أظهرت فإنه يسعها أن تقيم معه فيما بينها وبين الله تعالى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : لايسعها المقام معه إن كان مافى قلبها خلاف ما أظهرت على لسانها اه .

وذكر فى البحر فى مسألة إن كنت أنا أحب كذا الخ . قال شمس الأئمة : هذا مشكل ، لأنه يعرف مافى قلبه حقيقة ؛ وإن كان لايعرف مافى قلبها لكن الطريق ماقلنا إن الحكم يدار على الظاهر وهو الإخبار وجودا وعدما .

وذكر قاضيخان قال لامرأته : إن سررتك فأنت طالق فضربها فقالت سرنى ، قالوا لاتطلق ، لأنا نتيقن بكذبها . قال قاضيخان : وفيه إشكال ، وهو أن السرور مما لايوقف عليه فينبغى أن يتعلق الطلاق بخبرها ويقبل قولها فى ذلك وإن كنا نتيقن بكذبها ، كما لو قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم فأنت طالق فقالت أحب يقع اه .

قال فى البحر : وهو ممنوع لقول الهداية إنه لايتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب اه وبهذا ظهر أنه لو علق بفعل قلبى وأخبرت به ، فإن تيقنا بكذبها لم يقع وإلا وقع .

وفى البدائع : إن كنت تكرهين الجنة تعلق بإخبارها بالكراهة مع أنها لاتصل إلى حالة تكره الجنة ، فقد تيقنا بكذبها .

لم يقبل قولها زيلعى وحدادى (أو أحب طلقت هى فقط) إن كذبها الزوج ، فإن صدقها أو علم وجود الحيض منها طلقتا جميعا حدادى .

(وفى إن حضت لايقع برؤية الدم) لاحتمال الاستحاضة (فإن استمر ثلاثا وقع من حين رأت)

وقد يقال : إنها لشدة محبتها للحياة الدنيا تكره الجنة لأنها لاتتوصل إليها إلا بالموت وهى تكرهه فلم نتيقن بكذبها . وظاهر كلامهم هنا أنها لاتكفر بقولها أنا أحب عذاب جهنم وأكره الجنة اه . وفرق فى النهر بينه وبين مسألة السرور بأن إيلام الضرب القائم بها دليل ظاهر على كذبها ، بخلاف مجرد محبة العذاب فإنه لادليل فيه على التيقن بكذبها ، لما مر اه .

قلت : لكن يبقى الإشكال فى مسألة إن كنت أنا أحب كذا إذا أخبر بخلاف مافى قلبه فإنه يتيقن بكذبه . وإذا أدير الحكم على الإخبار كما مر عن شمس الأئمة لم يرد هذا ، لكن يتوجه إشكال قاضيخان فى مسألة السرور إلا أن يجاب بأنه يتعلق الحكم بالإخبار مالم يتيقن غير المخبر بكذبه . وبه يندفع إشكال شمس الأئمة وإشكال قاضيخان فتأمل .

[تنبيه] قال فى البحر : قيد بمحبتها لأنه لو علقه بمحبة غيرها ، فظاهر مافى المحيط أنه لابد من تصديق الزوج فإنه قال : لو قال أنت طالق إن لم تكن أمك تهوى ذلك فقالت الأم أنا لا أهوى وكذبها الزوج لاتطلق ، فإن صدقها طلقت لما عرف .

وروى ابن رستم عن محمد أنه لو قال : إن كان فلان مؤمنا فأنت طالق لاتطلق ، لأن هذا لايعلمه إلا هو ولا يصدق هو على غيره وإن كان هو من المسلمين يصلى ويحج ، ولو قال لآخر لى إليك حاجة فاقضها لى فقال امرأته طالق إن لم أقض حاجتك فقال حاجتى أن تطلق زوجتك فله أن لايصدقه فيه ولا تطلق زوجته ، لأنه محتمل للصدق والكذب فلا يصدق على غيره اه .

قال الخير الرملى : فقد علم من هذه الفروع أنه إن علق بفعل الغير لايصدق ذلك الغير عليه سواء كان مما لايعلم إلا منه أم لا ، ولابد من تصديق الزوج فيهما أو البينة فيما يثبت بها من الأمر الذى يعلم (قوله لم يقبل قولها) لأنه ضرورى فيشترط فيه قيام الشرط زيلعى أى لأن قبول قولها ضرورة ترتب حكم شرعى عليه ، ويأتى تمامه (قوله طلقت هى فقط) أى دون فلانة ، لأن المنظور إليه فى حقها شرعا الإخبار به لأنها أمينة ، وفى حق ضرتها متهمة ، وشهادتها على ذلك شهادة فرد ، ولا بعد فى أن يقبل قول الإنسان فى حق نفسه لافى حق غيره كأحد الورثة إذا أقر بدين على الميت اقتصر على نصيبه إذا لم يصدقه الباقون ، وتمامه فى البحر (قوله أو علم وجود الحيض منها) لاينافيه ماتقدم من قوله ومالا يعلم إلا منها الخ ، لأن ذاك فيما إذا أشكل أمرها ، وذا فيما لم يشكل بأن أخبرت فى وقت عدتها المعروفة لزوجها وضرتها وشوهد الدم منها بحيث لم يبق شك تأمل رملى (قوله وفى إن حضت الخ) تفصيل وبيان لما أجمله أولا ، ومثله التعليق بفى أو مع كأنت طالق فى حيضك أو مع حيضك كما فى البحر (قوله وقع من حين رأت) لأنه بالاستمرار تبين أنه حيض من الابتداء فيجب على المفتى أن يعينه فيقول طلقت من حين رأت الدم ، وليس هذا من باب الاستناد وإنما هو من باب التبيين ، ولذا قال من حين رأت ، وتمام بيانه فى البحر .

وفيه عن الكافى فى مسألة إن حضت فعبدى حر وضرتك طالق إذا رأت الدم فقالت حضت وصدقها أنه

وكان بدعيا ، فإن غير مدخول فتزوجت بآخر فى ثلاثة أيام صح ؛ فلو ماتت فيها فإرثها للزوج الأول دون الثانى وتصدق فى حقها دون ضرتها .

(و) فى (إن حضت حيضة) أو نصفها أو ثلثها أو سدسها لعدم تجزيها (لايقع حتى تطهر منها) لأن الحيضة اسم للكامل ، ثم إنما يقبل قولها مالم تر حيضة أخرى جوهرة .

قبل الاستمرار يمنع الزوج عن وطء المرأة واستخدام العبد فى الثلاثة لاحتمال الاستمرار (قوله وكان بدعيا) لوقوعه فى الحيض ، بخلاف إن حضت حيضة كما يأتى ، وهذا بيان لثمرة التبين . وتظهر أيضا فيما لوكان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد أوجنى عليه بعدرؤية الدم ، فبالاستمرار تكون الجناية جناية الأحرار ، وفى أنها لاتحتسب هذه الحيضة من العدة لأن الشرط حيث كان هو رؤية الدم لزم أن يكون الوقوع بعد بعضها ولذا قلنا إنه بدعى ، وفيما إذا خالعها فى الثلاث حيث يبطل الخلع لأنها مطلقة قاله الحدادى ونظر فيه فى البحر بأن الخلع يلحق الصريح وأجاب فى النهر بأن الظاهر أنه محمول على ما إذا لم تكن مدخولا بها (قوله فإن غير مدخولة) تفريع على قوله وقع من حين رأت ، واحترز عن المدخول بها واو حكما كالمختلى بها لأنها لايمكنها التزوج بآخر فى الأيام الثلاثة لوجوب العدة عليها من الأول (قوله فى ثلاثة أيام) الأولى فى الثلاثة الأيام . وعبارة النهر : فتزوجت حين رأت الدم ح (قوله فإرثها للزوج الأول) لأنه لايدرى أكان ذلك حيضا أولا بحر أى فلم يتحقق شرط وقوع الطلاق ، فهى باقية على عصمته ، ومقتضاه أن عقد الثانى عليها باطل فلا يلزمه المهر (قوله وتصدق فى حقها الخ) أى فيما إذا علق طلاقها وطلاق ضرتها على حيضها ، وهذا يغنى عنه قول المصنف المار طلقت هى فقط .

وفى البحر عن شرح المجمع : فإن قال الزوج انقطع الدم فى الثلاثة وأنكرت المرأة والعبد فالقول لهما(١) لأن الزوج أقر بوجود شرط العتق ظاهرا ، لأن رؤية الدم فى وقته تكون حيضا ، ولهذا تؤمر بترك الصلاة والصوم ، ثم ادعى عارضا يخرج المرئى من أن يكون حيضا فلا يصدق ؛ فإن صدقته المرأة وكذبه العبد فى الأيام الثلاث فالقول لهما ، وإن كان بعدها فالقول للعبد (قوله وفى إن حضت حيضة الخ) مثله أنت طالق مع حيضتك أوفى حيضتك بالتاء بحر (قوله لعدم تجزيها) علة لمساواة التعبير بنصفها ونحوه للتعبير بحيضة ، فإن ذكر بعض مالايتجزأ كذكر كله .

وفى النهر عن الجوهرة : ولوقال إذا حضت نصفها فأنت كذا وإذا حضت نصفها الآخر فأنت كذا لايقع شىء مالم تحض وتطهر ، فإذا طهرت وقع طلقتان (قوله لايقع حتى تطهر منها) إما بانقطاعه لعشرة أو بالاغتسال أو بما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينا فى ذمتها فيما إذا انقطع لما دونها نهر (قوله لأن الحيضة) بفتح الحاء المرة الواحدة والحيضة بالكسر الاسم والجمع الحيض بحر عن الصحاح (قوله اسم للكامل) أى ولا تكمل الحيضة إلا بالطهر منها ، فلوكانت حائضا لاتطلق حتى تطهر ثم تحيض ، فإن نوى مايحدث من هذه الحيضة فهو على مانوى وكذا إذا قال إن حبلت إلا أن هنا إذ نوى الحبل الذى هى فيه لايحنث لأنه ليس له أجزاء متعددة ، بخلاف الحيض قاله الحدادى نهر (قوله مالم تر حيضة أخرى) وذلك بأن تخبر وهى متلبسة بالحيض أو بعد الطهر منه ، أما إذا أخبرت بعد تلبسها بحيضة أخرى لايقبل قولها إلا إذا طهرت من الحيضة الأخرى ، وهذا بخلاف قوله إذا حضت ولم يقل حيضة فإن الشرط إخبارها حال قيام الحيض فلا يقبل بعدة كما مر . قال فى الفتح لأنه ضرورى فيشترط قيام الشرط ، بخلاف قوله إن حضت حيضة حيث يقبل قولها فى الطهر الذى يلى الحيضة لاقبله ولا بعده ؛ حتى

---

(١) (قوله فالقول لهما) أى للزوج والزوجة ، فلا تطلق ولا يعتق العبد اه منه .

(وفى إن صمت يوما فأنت طالق تطلق حين غربت) الشمس (من يوم صومها ، بخلاف إن صمت) فإنه يصدق بساعته :

(قال لها إن ولدت غلاما فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدتهما ولم يدر الأول تلزمه طلقة واحدة قضاء وثنتان تنزها) أى احتياطا لاحتمال تقدم الجارية (ومضت العدة) بالثانى فلذا لم يقع به شىء ، لأن الطلاق المقارن لانقضاء العدة لايقع ، فإن علم الأول فلا كلام ، وإن اختلفا فالقول للزوج لأنه منكر وإن تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعتدّ بالأقراء :

(وإن ولدت غلاما وجاريتين ولا يدرى الأول يقع ثنتان قضاء وثلاث تنزها) وإن ولدت غلامين وجارية فواحدة قضاء وثلاث تنزها (و) هذا بخلاف ما (لو قال : إن كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة ، وإن كان

لوقالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لايقبل قولها ولا يقع لأنها أخبرت عن الشرط حال عدمه ، ولايقع إلا إذا أخبرت عن الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة ، فحينئذ يقع لأنها جعلت أمينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بها ، فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الأحكام لعدم الحاجة إذا كذبها الزوج اهـ . ومفهومه أنها لاتطلق بمجرد طهرها من الحيضة الأخرى بل لابد من الإخبار لما مر من أن مالا يعلم إلا منها يتعلق بإخبارها . ويفهم من قوله إذا كذبها الزوج ، أنه إذا صدقها يقع وإن لم تطهر من الثانية (قوله وفى إن صمت يوما) نظيره إن صمت صوما لايقع إلا بتمام يوم لأنه مقدر بمعيار اهـ فتح (قوله بخلاف إن صمت الخ) أى أنه يتعلق بما يسمى صوما فى الشرع وقد وجد بركنه وشرطه بإمساك ساعة فيقع به وإن قطعته بعده ، وكذا إذا صمت فى يوم أو فى شهر لأنه لم يشترط إكماله ، وإذا صليت صلاة يقع بركعتين ، وفى إذا صليت يقع بركعة (قوله فولدتهما) أى واحدا بعد واحد نهر ، ويأتى محترزه ومحترز قوله ولم يدر الأول (قوله وثنتان تنزها) أى تباعدا عن الحرمة نهر . وفى القهستانى : أى ديانة ، يعنى فيما بينه وبين الله تعالى كما ذكره المصنف وغيره اهـ .

قلت : ومقتضاه أنه إذا وقعت عليه طلقة أخرى يجب عليه ديانة أن يفارقها للاحتياط والتباعد عن الحرمة وإن كان القاضى لايحكم عليه بذلك بل يفتيه المفتى بذلك ، ويدل على الوجوب تعبير المصنف وغيره باللزوم ، ولكن فى الهداية : والأولى أن يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا فتأمل ، وإنما تلزمه الثنتان فى القضاء لأن وقوعهما غير محقق . والحل كان ثابتا بيقين فلا يزول بالاحتمال . قيل : ولو قال وأخرى تنزها لكان أولى لإيهام العبارة أن الثنتين غير الواحدة ، وإن سلم فالتنزه إنما هو بواحدة والأخرى قضاء (قوله أو مضت العدة بالثانى) أشار إلى أنه لارجعة ولا إرث بحر (قوله فلا كلام) أى فإنه يقع المعلق بالسابق ولا يقع بالأخرى شىء لما ذكره من أن الطلاق والمقارن الخ (قوله لأنه منكر) أى للطلقة الزائدة ، وهــذا من فروع قوله وإن اختلفا فى وجود الشرط الخ (قوله وإن تحقق ولادتهما معا الخ) لم يذكره المصنف لاستحالته عادة نهر ، وإن ولدت خنثى وقعت واحدة وتوقفت الأخرى حتى يتبين حاله هندية عن البحر الزاخر ط (قوله يقع ثنتان قضاء الخ) لأن الغلام إن كان أولا أو ثانيا تطلق ثلاثا واحدة به ، وثنتين بالجارية الأولى لأن العدة لاتنقضى مابقى فى البطن ولد ، وإن كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الأولى ولا يقع بالثانية شىء لأن اليمين بالجارية انحلت بالأولى ، ولا يقع بالغلام شىء ، لأنه حال انقضاء العدة ، وتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالأقل قضاء وبالأكثر تنزها فتح (قوله فواحدة قضاء) لأنه إن كان الغلامان أولا وقعت واحدة بأولهما ، ولا يقع بالثانى شىء ولا بالجارية

جارية فثنتين فولدت غلاما وجارية لم تطلق) لأن الحمل اسم للكل ؛ فما لم يكن الكل غلاما أو جارية لم تطلق (وكذا) لو قال (إن كان مافى بطنك غلاما) والمسألة بحالها لعموم ما (بخلاف إن كان فى بطنك) والمسألة بحالها (فإنه يقع الثلاث) لعدم اللفظ العام .

[فروع] علق طلاقها بحبلها لم تطلق حتى تلد لأكثر من سنتين من وقت اليمين .

قال : إن ولدت ولدا فأنت طالق أو حرة فولدت ولدا ميتا طلقت وعتقت .

قال لأم ولده : إن ولدت فأنت حرة تنقضى به العدة جوهرة (علق) العتاق أو الطلاق ولو (الثلاث بشيئين

الأخيرة لانقضاء العدة وإن كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلاث وواحدة (قوله لأن الحمل اسم للكل) لأنه اسم جنس مضاف فيعم كله فتح (قوله والمسألة بحالها) أى وولدت غلاما وجارية (قوله لعموم ما) أى فيقتضى أن شرط وقوع الواحدة أو الثنتين كون جميع مافى بطنها غلاما أو جارية ، ومثله مافى الفتح : إن كان مافى هذا العدل حنطة فهى طالق أو دقيقا فطالق فإذا فيه حنطة ودقيق لاتطلق (قوله لعدم اللفظ العام) أى ولصدق اللفظ فإنه يصدق على الجارية والغلام أنهما كانا فى البطن ط .

وفى الجامع : لو قال إن ولدت ولدا فأنت طالق ، فإن كان الذى تلدينه غلاما فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين ، لأن المطلق موجود فى المقيد، وهو قول مالك والشافعى فتح (قوله لم تطلق حتى تلد الخ) لأنه علقه بحدوث الحبل بعد اليمين وبتوهم حدوث الحبل قبل اليمين إلى سنتين فوقع الشك فى الموقع فلا يقع بالشك كذا فى المحيط بحر ، وتنقضى العدة بالولد كما فى كافى الحاكم ، وهو صريح فى أن الطلاق لم يقع بعد الولادة وإلا لم تنقض العدة بها بل يقع قبلها بالحبل الحادث بعد اليمين ، لأنه المعلق عليه ، فقوله حتى تلد معناه ظهر بالولادة لأكثر من سنتين من وقت اليمين أن الطلاق قد وقع من أول الحبل ، وإنما اشترط كون الولادة لأكثر من سنتين من وقت اليمين ليتحقق حدوث الحبل بعد اليمين ، إذ لو كان لأقل من ذلك احتمل حدوثه قبل اليمين فلا يقع بالشك ، ثم إذا ظهر بالولادة وقوع الطلاق من وقت الحبل فوقت الحبل مجهول فلم يعلم وقت الوقوع ، إلا أن يقال بوقوعه قبل الولادة بستة أشهر لتيقن الحبل فيه وما قبله مشكوك فيه فلا يقع بالشك كذا بحثه ح .

[تنبيه] هذه اليمين لاتحرم الوطء ، لكن يستحب أن لا يطأها إلا بالاستبراء لتصور حدوث الحبل كما فى البحر عن المحيط ، وإنما لم يجب الاستبراء لأن حل الوطء أصل ، وحدوث الحبل موهوم كما أفاده ح (قوله تنقضى به العدة) فى العبارة سقط والأصل عتقت لأنه ولد تنقضى به العدة . وعبارة الجوهرة هكذا : وإذا قال إن ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ، وكذا إذا قال لأمته : إذا ولدت ولدا فأنت حرة فهو كذلك لأن الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ، ويعتبر ولدا فى الشرع حتى تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد فتحقق الشرط وهو ولادة الولد اهـ فقوله حتى تنقضى به العدة غاية لقوله ويعتبر ولدا فى الشرع وليس معناه مايفهم من الشرح من أن أم الولد تخرج به من العدة لأن العدة تجب عقب الحرية والحرية معلقة بالولادة فهى واقعة عقبها ، فالولادة متقدمة على وجوب العدة بمرتبتين فكيف تنقضى العدة بالولادة كما أفاده ح .

حقيقة بتكرر الشرط أولا كإن جاء زيد وبكر فأنت كذا (يقع) المعلق (إن وجد) الشرط (الثانى فى الملك وإلا لا) لاشتراط الملك حالة الحنث والمسألة رباعية .

مطلب فيما لو تكرر الشرط بعطف أو بدونه

(قوله بتكرر الشرط) وذلك بأن عطف شرطا على آخر وأخر الجزاء ، نحو : إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق فإنه لايقع حتى يقدما لأنه عطف شرطا محضا على شرط لاحكم له ثم ذكر الجزاء ، فيتعلق بهما فصارا شرطا واحدا فلا يقع إلا بوجودهما ، فإن نوى الوقوع بأحدهما صحت نيته بتقديم الجزاء على أحدهما وفيه تغليظ .

أو بأن كرر أداة الشرط بغير عطف كإن أكلت إن لبست فأنت طالق لاتطلق مالم تلبس ثم تأكل وتقدم المؤخر ، والتقدير إن لبست ، فإن أكلت فأنت طالق وكذا كل امرأة أتزوجها إن كلمت فلانا فهى طالق يقدم المؤخر ، فيصير التقدير، إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوّجها طالق . وعلى هذا إذا قال : إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتنى فأنت طالق لاتطلق حتى تسأله أولا ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط فى العطية الوعد وفى الوعد السؤال ، فكأنه قال : إن سألتنى إن وعدتك إن أعطيتك كذا فى الفتح : وهذا إذا لم يكن الشرط الثانى مترتبا على الأول عادة وكان الجزاء متأخرا عن الشرطين أو متقدما عليهما وإلا كان كل شرط فى موضعه ، كإن أكلت إن شربت فأنت حر ، حتى إذا شرب ثم أكل لم يعتق ، وكذا إن دعوتنى إن أجبتك أو إن ركبت الدابة إن أتيتنى يقر كل شرط فى موضعه لأنهما إذا كانا مرتبين عرفا أضمرت كلمة ثم . وكذا إن توسط الجزاء بين الشرطين يقر كل شرط فى موضعه لأنه تخلل الجزاء بين الشرطين بحرف الوصل وهو الفاء ، فيكون الأول شرطا لانعقاد اليمين ، والثانى شرط الحنث كإن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا ويشترط قيام الملك عند الشرط الأول لأنه جعل شرط انعقاد اليمين كأنه قال عند الدخول إن كلمت فلانا فأنت طالق واليمين لاتنعقد إلا فى الملك أو مضافة إليه ، فإن كانت فى ملكه عند دخول الدار صحت اليمين المتعلقة بالكلام فإذا كلمت يقع وإلا بإن دخلت بعد الطلاق والعدة لم يصح وإن كلمت وإذا دخلت الدار فى العدة وكلمت فيها طلقت .

مطلب لو تكررت أداة الشرط بلا عطف فهو على التقديم والتأخير

والحاصل أنه إذا كرر أداء الشرط بلا عطف توقف الوقوع على وجودهما ، لكن إن قدم الجزاء عليهما أو أخره فالملك يشترط عند آخرهما وهو الملفوظ به أولا على التقديم والتأخير ، وإن وسطه فلا بد من الملك عندهما وإن كان بالعطف توقف على أحدهما قدم الجزاء أو وسطه ، فإن أخره توقف عليهما ، وإن لم يكرر أداة الشرط فلا بد من وجود الشيئين قدم الجزاء عليهما أو أخره بحر ملخصا ، وتمامه فيه (قوله أولا) عطف على حقيقة :

قال فى البحر : وأما الثانى أعنى ماليسا شرطين حقيقة ، وهو أن يكون فعلامتعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو : إن دخلت هذه الدار وهذه ، أو إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فكذا فإنهما شرط واحد إلا أن ينوى الوقوع بأحدهما فاشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما ، وكذا إذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما نحو : إن جاء زيد وعمرو فكذا فإن الشرط مجيئهما اه (قوله إن وجد الشرط الثانى فى الملك) احتراز عن الشرط الأول فإنه على التفصيل كما علمت . وأما أصل التعليق فشرط صحته الملك أو الإضافة إليه كما مر أول الباب فالكلام فيما بعد صحة التعليق (قوله والمسألة رباعية) لأنهما إما أن يوجدا فى الملك أو خارجه أو الأول فقط فى الملك أو العكس

(علق الثلاث أو العتق) لأمته (بالوطء) حنث بالتقاء الختانين و (لم يجب) عليه (العقر) فى المسألتين (باللبث) بعد الإيلاج ، لأن اللبث ليس بوطء (و) لذا (لم يصر به مراجعا فى)الطلاق (الرجعى إلا إذا أخرج ثم أولج ثانيا) حقيقة أو حكما بأن حرك نفسه فيصير مراجعا بالحركة الثانية ، ويجب العقر لاالحد لاتحاد المجلس؛

(لانطلق) الجديدة (فى) قوله للقديمة (إن نكحتها) أى فلانة (عليك فهى طالق إذا نكح) فلانة (عليها

فإن كان الثانى فى الملك وقع الطلاق سواء كان الأول فى الملك أولا ، وإن كان الثانى خارج الملك لايقع سواء كان الأول فى الملك أولا اه ح؛ فنى قوله إذا جاء زيد وبكر فأنت طالق إذا جاءا معا وهى فى ملكه أو طلقها وانقضت عدتها فجاء زيد ثم تزوجها فجاء عمرو طلقت ، وإن جاء بعد العدة قبل التزوج أو جاء زيد فى العدة وعمرو بعدها قبل التزوج لاتطلق (قوله ولم يجب عليه العقر) أشار بنفى العقر فقط إلى ثبوت الحرمة باللبث فإن الواجب عليه النزع للحال . والعقر : بالضم مهر المرأة إذا وطئت بشبهة وبالفتح : الجرح كما فى الصحاح بحر ،وقد مر الكلام عليه فى باب المهر (قوله باللبث) بفتح اللام وسكون الباء : المكث، من لبث كسمع ،وهو نادر لأن المصدر من فعل بالكسر قياسه التحريك إذا لم يتعدّ بحر عن القاموس (قوله لأن اللبث ليس بوطء) لأن الوطء أى الجماع إدخال الفرج فى الفرج وليس له دوام حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه ، كمن حلف لايدخل هذه الدار وهو فيها لايحنث باللبث بحر (قوله لم يصر به مراجعا) أى عند محمد لأنه فعل واحد فليس لآخره حكم فعل على حدة. وقال أبو يوسف يصير مراجعا لوجود المس بشهوة وهو القياس نهر . قال فى البحر : وجزم المصنف بقول محمد دليل على أنه المختار ، وقيل ينبغى أن يصير مراجعا عند الكل لوجود المساس بشهوة ، كذا فى المعراج . وينبغى تصحيح قول أبى يوسف لظهور دليله اه (قوله فى الطلاق الرجعى) أى فيما إذا كان المعلق على الوطء طلاقا رجعيا (قوله حقيقة أو حكما الخ) لايصح جعله تعميما لقوله ثم أولج ثانيا بعد قوله إذا أخرج لأنه بعد الإخراج لايمكنه تحريك نفسه إلا بعد إيلاج ثان حقيقة فيصير مراجعا بالإيلاج الثانى لابالتحريك، فيتعين جعله تعميما لمجموع قوله أخرج ثم أولج ،وعلى كل فقوله فيصير مراجعا بالحركة الثانية لاوجه لتقييدها بالثانية إلا أن تصور المسألة بما إذا أولج فقال إن جامعتك فأنت طالق فإنه كما قال فى البحر : إذا لم ينزع ولم يتحرك حتى أنزل لاتطلق ، فإن حرك نفسه طلقت ويصير مراجعا بالحركة الثانية (قوله ويجب العقر) أى فيما إذا علق الثلاث أو عتق الأمة ط لأن البضع المحترم لايخلو عن عقر أو عقر بحر (قوله لاتحاد المجلس) أى لايجب الحد بالإيلاج ثانيا وإن كان جماعا ، لما فيه من شبهة أنه جماع واحد بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة فى المجلس الواحد ، وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وإن قال ظننت أنها علىّ حرام .

وبهذا اندفع مايقال : إنه ينبغى أن يجب الحد فى العتق لأنه وطء لافى ملك ولا فى شبهته وهى العدة ، بخلاف الطلاق لوجود العدة ،أفاده فى المعراج ، لكن روى عن محمد : لو زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة ، فإن لبث على ذلك ولم ينزع وجب مهران : مهر بالوطء أى لسقوط الحد بالعقد ، ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد . قال فى النهر : وهذا يشكل على مامر ، إذ قد جعل لآخر هذا الفعل الواحد حكم على حدة اه . وأجاب ح تبعا للحموى بأن هذا مروى عن محمد وذاك قوله فلا تنافى .

واعترضه ط بما فى البحر عقب هذه المسألة من أن تخصيص الرواية بمحمد لايدل على خلاف بل لأنها رويت عنه دون غيره اه فتأمل .

قلت : والجواب الحاسم للإشكال من أصله أن اعتبار آخر الفعل هنا من جهة كونه خلوة مقررة للمهر بل فوقها

فى عدة البائن) لأن الشرط مشاركتها فى القسم ولم يوجد .

(فلو) نكح (فى عدة الرجعى) أو لم يقل عليك (طلقت) الجديدة ذكره مسكين ، وقيده فى النهر بحثا بما إذا أراد رجعتها وإلا فلا قسم لها كما مر .

(قال لها أنت طالق إن شاء الله متصلا)

لا من جهة كونه وطأ ، ولا يمكن اعتبار ذلك فى إيجاب الحد وثبوت الرجعة ، لأن الخلوة لاتوجب ذلك فافهم (قوله لأن الشرط الخ) عبارة البحر لأن الشرط لم يوجد ، لأن التزوج عليها أن يدخل عليها من ينازعها فى الفراش ويزاحمها فى القسم ولم يوجد (قوله وقيده) أى قيد الطلاق إذا نكحها فى عدة الرجعى بما ذكر أخذا من مفهوم التعليل ، وقال إن هذه واردة على المصنف يعنى صاحب الكنز .

قلت : وقد يقال : إن المزاحمة فى القسم موجودة حكما وإن لم يرد مراجعتها وقت الطلاق لاحتمال تغير الإرادة بعده بارادة المراجعة ؛ كما لو تزوجها فى حال سفره أوحال نشوز الأولى فإن الذى يظهر الوقوع وإن لم توجد المزاحمة حقيقة وقت التزوج فتأمل (قوله كما مر) أى فى باب القسم ح .

مطلب مسائل الاستثناء والمشيئة

(قوله قال لها الخ) شروع فى مسائل الاستثناء ، وعقد لها فى الهداية فصلا على حدة . قال فى الفتح : والحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما فى منع الكلام من إثبات موجبه إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض ، وقدم مسألة إن شاء الله لمشابهتها الشرط فى منع الكل ، وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على طريقة لأنه منع لا إلى غاية والشرط منع إلى غاية تحققه كما يفيده : أكرم بنى تميم إن دخلوا ، ولذا لم يورده فى بحث التعليقات ، ولفظ الاستثناء اسم توقيفى قال تعالى — ولا يستثنون — أى لايقولون إن شاء الله .

مطلب الاستثناء يثبت حكمه فى صيغ الإخبار لا فى الأمر والنهى

وللمشاركة فى الاسم أيضا اتجه ذكره فى فصل الاستثناء وإنما يثبت حكمه فى صيغ الإخبار وإن كان إنشاء إيجاب لا فى الأمر والنهى ؛ فلو قال أعتقوا عبدى من بعد موتى إن شاء الله لايعمل الاستثناء فلهم عتقه ؛ ولو قال بع عبدى هذا إن شاء الله كان للمأمور بيعه . وعن الحلوانى : كل مايختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع ، بخلاف مالايختص به كالصوم لايرفعه ، لو قال نويت صوم غد إن شاء الله تعالى له أداؤه بتلك النية ، كذا فى الفتح ؛ ومعنى قوله توقيفى أنه وارد فى اللغة لا اصطلاحى فقط .

مطلب الاستثناء يطلق على الشرط لغة واستعمالا

وفى حاشية البيضاوى للخفاجى من سورة الكهف : الاستثناء يطلق على التقييد بالشرط فى اللغة والاستعمال كما نص عليه السيرافى فى شرح الكتاب . قال الراغب : الاستثناء رفع مايوجبه عموم سابق كما فى قوله تعالى —قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة— أو رفع مايوجبه اللفظ ، كقوله امرأتى طالق إن شاء الله اهـ . وفى الحديث « من حلف على شىء فقال إن شاء الله فقد استثنى » اهـ ويأتى الخلاف فى أنه إبطال أو تعليق (قوله متصلا) احتراز عن المنفصل ، بأن وجد بين اللفظين فاصل من سكوت بلا ضرورة تنفس ونحوه أو من كلام لغو كما يأتى وقيد فى الفتح السكوت بالكثير .

إلا لتنفس أوسعال أوجشاء أو عطاس أوثقل لسان أوإمساك فم أو فاصل مفيد لتأكيد أوتكميل أوحد أوطلاق، أو نداء كأنت طالق يازانية أو ياطالق إن شاء الله صح الاستثناء بزازية وخانية، بخلاف الفاصل اللغو كأنت طالق رجعيا إن شاء الله وقع وبائنا لايقع ؛ ولو قال: رجعيا أو بائنا يقع بنية البائن لا الرجعى قنية ،

مطلب قال أنت طالق وسكت ثم قال ثلاثا تقع واحدة

وفى الخانية قال لزوجته أنت طالق وسكت ثم قال ثلاثا ، إن كان سكوته لانقطاع النفس تطلق ثلاثا وإلا تقع واحدة . وفى أيمان البزازية: أخذه الوالى وقال بالله فقال مثله، ثم قال لتأتين يوم الجمعة فقال الرجل مثله فلم يأت لم يحنث لأنه بالحكاية والسكوت صار فاصلا بين اسم الله تعالى وحلفه ،وكذا فيما لو كان الحلف بالطلاق اه (قوله إلا لتنفس) أى وإن كان له منه بد ، بخلاف مالو سكت قدر النفس ثم استثنى لايصح الاستثناء للفصل ، كذا فى الفتح. فعلم أن السكوت قدر النفس بلاتنفس كثير وأن السكوت للتنفس ولو بلاضرورة عفو (قوله أو إمساك فم) أى إذا أتى بالاستثناء عقب رفع اليد عن فمه (قوله لتأكيد) نحو أنت طالق طالق إن شاء الله إذا قصد التأكيد فإنه تقدم فى الفروع قبيل الكنايات أنه لو كرر لفظ الطلاق وقع الكل، فإن نوى التأكيد دين اه وكذا أنت حر حر إن شاء الله كما فى البحر ح ، ويأتى تمام الكلام على ذلك (قوله أو تكميل) نحو أنت طالق واحدة وثلاثا إن شاء الله ، بخلاف ثلاثا وواحدة إن شاء الله فيقع الثلاث كما فى البحر ، لأن ذكر الواحدة بعد الثلاث لغو ، بخلاف العكس (قوله كأنت طالق يازانية أو ياطالق إن شاء الله) مثالان : المفيد الحد ، والطلاق على سبيل النشر المرتب :

قال فى البحر :وفى البزازية أنت طالق ثلاثا يازانية إن شاء الله يقع وصرف الاستثناء إلى الوصف ،وكذا أنت طالق ياطالق إن شاء الله ، وكذا أنت طالق ياصبية إن شاء الله يصرف الاستثناء إلى الكل ولا يقع الطلاق، كأنه قال يافلانة ، والأصل عنده أن المذكور فى آخر الكلام إذا كان يقع به طلاق أو يلزمه حد ، كقوله : ياطالق يازانية فالاستثناء على الكل اه ح :

أقول : فى هذه العبارة تحريف وسقط ، فالأول فى قوله وكذا أنت طالق ياصبية، فإن صوابه ولو قال أنت طالق ياصبية الخ كما عبر فى الذخيرة لمخالفته حكم ماقبله ، والثانى فى قوله والأصل الخ فإن قوله فالاستثناء على الكل مخالف لقوله قبله يقع ، وصرف الاستثناء إلى الوصف : أى يقع الطلاق بقوله أنت طالق ، ويصرف الاستثناء إلى الوصف : أى ماوصفها به من قوله ياطالق أو يازانية فلا يقع به طلاق،ولا يلزمه حد ، فالصواب قوله في الذخيرة والأصل أن المذكور فى آخر الكلام إذا كان يقع به طلاق ، أو يجب به حد فالاستثناء عليه نحو قوله يازانية أو ياطالق ، وإن كان لايجب به حد ولا يقع به طلاق فالاستثناء على الكل نحو قوله ياخبيثة اه :

ثم اعلم أن هذا التفصيل نقله فى الذخيرة بلفظ وفى نوادر أبى الوليد عن أبى يوسف الخ . ونقل قبله عن ظاهر الرواية انصراف الاستثناء إلى الكل بدون تفصيل وقال إنه الصحيح ، ومثله فى شرح تلخيص الجامع ، فما مشى عليه فى البزازية خلاف الصحيح كما أوضحناه أول باب طلاق غير المدخول بها ، ويوافقه قول الشارح هنا صح الاستثناء ، فإن المتبادر منه انصراف الاستثناء إلى الكل أى الطلاق والوصف لا إلى الوصف فقط ، وحينئذ فلا يقع الطلاق ولا يلزمه حد ولا لعان، لكن هذا مخالف لما مشى عليه فى البزازية كما علمت فلا يناسب عزو الشارح المسألة إلى البزازية فافهم (قوله وقع) الأولى فإنه يقع ، وإنما كان الفاصل هنا لغوا لأنه لافائدة فى ذكر الرجعى

وقواه فى النهر (مسموعا) بحيث لو قرّب شخص إذنه إلى فيه يسمع فصح استثناء الأصم خانية :
(لايقع) للشك (وإن ماتت قبل قوله إن شاء الله) وإن مات يقع (ولا يشترط) فيه (القصد ولا التلفظ) بهما ، فلو تلفظ بالطلاق وكتب الاستثناء موصولا أو عكس أو أزال الاستثناء بعد الكتابة لم يقع عمادية (ولا العلم بمعناه) حتى لو أتى بالمشيئة من غير قصد جاهلا لم يقع خلافا للشافعى :

لكونه مدلول الصيغة شرعا ط ، وانظر لم لم يجعل تأكيدا أو تفسيرا ؟ كما قالوا فى حر حر أو حر وعتيق (قوله وقواه فى النهر) اعلم أنه قال فى القنية : لو قال أنت طالق رجعيا أو بائنا إن شاء الله يسأل عن نيته ، فإن عنى الرجعى لايقع ، وإن عنى البائن يقع ولا يعمل الاستثناء اهـ قال فى البحر : وصوابه إن عنى الرجعى يقع لعدم صحة الاستثناء للفاصل ، وإن عنى البائن لم يقع لصحة الاستثناء اهـ :

قال فى النهر : أقول بل الصواب مافى القنية ، وذلك أن معنى كلامه أنت طالق أحد هذين ، وبهذا لايكون الرجعى لغوا وإن نواه بخلاف ماإذا نوى البائن ، وأما البائن فليس لغوا على كل حال اهـ :

أقول : لايخفى مافى هذا الكلام من عدم الالتئام والتناقض التام . بيانه أن قوله : وأما البائن فليس لغوا على كل حال يقتضى عدم الوقوع لصحة الاستثناء ومساواته للرجعى الذى قال فيه إنه لايكون لغوا وإن نواه ، وحينئذ فلا يقع فيهما ، وهو خلاف مافي القنية ، ومناقض لقوله بخلاف ماإذا نوى البائن فافهم ، ولذا قال ح : إن الحق مافى البحر ، لأنه إذا نوى الرجعى فجملة أنت طالق تفيده ، فكان قوله رجعيا أو بائنا الذى هو بمعنى أحد هذين لغوا ، بخلاف ماإذا نوى البائن فإن تلك الجملة لاتفيده فلم يكن قوله رجعيا أو بائنا لغوا :

فإن قلت : لما نوى البائن كان قوله رجعيا لغوا إذا كان يكفيه أن يقول أنت طالق بائنا. قلت : هو تركيب صحيح لغة وشرعا ، كما فى إحدى امرأتىّ طالق ، وحيث كان مقصوده البائن وكان قوله أنت طالق غير مفيد للبائن ، فهو مخيّر بين أن يقول أنت طالق رجعيا أو بائنا وينوى البائن ، وبين أن يقول أنت طالق بائنا اهـ (قوله مسموعا) هذا عند الهندوانى وهو الصحيح كما فى البدائع . وعند الكرخى ليس بشرط (قوله بحيث الخ) أشار به إلى أن المراد بالمسموع ماشأنه أن يسمع وإن لم يسمعه المنشىء لكثرة أصوات مثلا ط (قوله للشك) أى للشك فى مشيئة الله تعالى الطلاق لعدم الاطلاع عليها ح (قوله وإن ماتت قبل قوله إن شاء الله) لأن ماجرى تعليق لا تطليق وموتها لاينافى التعليق لأنه مبطل والموت أيضا مبطل فلا يتنافيان ، فيكون الاستثناء صحيحا فلا يقع عليها الطلاق كذا فى التبيين ح (قوله وإن مات يقع) أى إذا مات الزوج وهو يريده يقع لأنه لم يتصل به الاستثناء وتعلم إرادته بأن يذكر لآخر ذلك قبل الطلاق وكذا فى النهر ح (قوله ولا يشترط فيه القصد) هو الظاهر من المذهب ، لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا . قال شداد بن حكيم رحمه الله : وهو الذى صلى بوضوء الظهر ظهر اليوم الثانى ستين سنة ، خالفنى فى هذه المسألة خلف بن أيوب الزاهد ، فرأيت أبا يوسف فى المنام فسألته ، فأجاب بمثل قولى وطالبته بالدليل ، فقال : أرأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أيقع ؟ قلت لا ، قال : هذا كذلك بزازية وفتح (وله ولا التلفظ بهما) أى بالطلاق والاستثناء (قوله أو عكس) أى كتب الطلاق وتلفظ بالاستثناء (قوله أو أزال الاستثناء الخ) أشار به إلى قسم رابع ، وهو ماإذا كتبهما معا فإنه يصح أيضا وإن أزال الاستثناء بعد الكتابة فافهم (قوله ولا العلم بمعناه) فصار كسكوت البكر إذا زوّجها أبوها ولا تدرى أن السكوت رضا يمضى به العقد عليها فتح (قوله من غير قصد) راجع لقوله ولا يشترط القصد ، وقوله جاهلا راجع لقوله ولا العلم بمعناه ح .

وأفتى الشيخ الرملي الشافعي فيمن حلف على شيء بالطلاق فأنشأ له الغير ظانا صحته بعدم الوقوع اه .
قلت : ولم أره لأحد من علمائنا ، والله أعلم .
ولو شهدا بها وهو لايذكرها ، إن كان بحال لايدرى مايجرى على لسانه لغضب جازله الاعتماد عليهما وإلا لا بحر.
(ويقبل قوله إن ادعاه) وأنكرته

مطلب فيما لو حلف وأنشأ له آخر

(قوله وأفتى الشيخ الرملي الشافعي الخ) اعلم أن هذه المسألة مبنية عند الشافعية على أن من أخذ بقول غيره معتمدا عليه لايحنث ، وفرعوا عليه مالو فعل المحلوف عليه معتمدا على إفتاء مفت بعدم حنثه به وغلب على ظنه صدقه لم يحنث وإن لم يكن أهلا للإفتاء إذ المدار على غلبة الظن وعدمها لاعلى الأهلية . قالوا : ومنه قول غير الحالف له بعد حلفه إلا أن يشاء الله ثم يخبره بأن مشيئة غيره تنفعه فيفعل المحلوف عليه اعتمادا على خبر المخبر اه وبهذا تعلم مافى عبارة الشارح من الخفاء ، لأن قوله ظانا صحته حال من الضمير فى له وهو مشروط بالإخبار كما علمته ، وقوله بعدم الوقوع متعلق بقوله وأفتى (قوله قلت الخ) اعلم أن المقرر عندنا أنه يحنث بفعل المحلوف عليه ولو مكرها أو مخطئا أو ذاهلا أو ناسيا أو ساهيا أو مغمى عليه أو مجنونا ، فإذا كان يحنث بفعله مكرها ونحوه فكيف لايحنث بفعله قصدا مع ظن عدم الحنث ؟ نعم صرحوا فى الأيمان بأنه لو حلف على ماض أو حال يظن نفسه صادقا لايؤاخذ فيها إلا فى ثلاث : طلاق وعتاق ونذر ، وقد قال الشارح هناك فيقع الطلاق على غالب الظن إذا تبين خلافه ، وقد اشتهر عن الشافعية خلافه اه (قوله إن كان بحال الخ) أما لو لم يكن بتلك الحال لايجوز له الاعتماد عليهما كما فى الفتح وغيره .

قلت : ومقتضى هذا الفرع أن من وصل فى الغضب إلى حالة لا يدرى فيها مايقول يقع طلاقه وإلا لم يحتج إلى اعتماد قول الشاهدين إنه استثنى مع أنه مر أول الطلاق أنه لايقع طلاق المدهوش .

وأفتى به الخير الرملي فيمن طلق وهو مغتاظ مدهوش لأن الدهش من أقسام الجنون . ولا يخفى أن من وصل إلى حالة لايدرى فيها مايقول كان فى حكم المجنون ، وقدمنا الجواب هناك بأنه ليس المراد بما هنا أنه وصل إلى حالة لايدرى مايقول بأن لايقصده ولا يفهم معناه بحيث يكون كالنائم والسكران ، بل المراد أنه قد ينسى مايقول لاشتغال فكره باستيلاء الغضب ، والله تعالى اعلم .

مطلب فيما لو ادعى الاستثناء وأنكرته الزوجة

(قوله ويقبل قوله الخ) قال الخير الرملي فى حواشي المنح : لم يذكر أهو بيمينه وكذلك صاحب البحر والنهر والكمال ، ولم أره لأحد ، وينبغى على ماهو المعتمد أن يكون بيمينه إذا أنكرته الزوجة ، وأما إذا لم تنكره فلا يمين عليه اللهم إلا إذا اتهمه القاضى اه (قوله إن ادعاه وأنكرته) أى ادعى الاستثناء ، ومثله الشرط كمافى الفتح وغيره ، وقيد بإنكارها لأنه محل الخلاف إذ لو لم يكن له منازع فلا إشكال فى أن القول قوله كما صرح به فى الفتح .

قلت : لكن فى التاترخانية عن الملتقط إذا سمعت المرأة الطلاق ولم تسمع الاستثناء لايسعها أن تمكنه من الوطء اه أى فيلزمها منازعته إذا لم تسمع .

قال فى البحر : ولو شهدوا بأنه طلق أو خالع بلا استثناء أو شهدوا بأنه لم يستثن تقبل ، وهذا مما تقبل فيه البينة على النفى ، لأنه فى المعنى أمر وجودى ، لأنه عبارة عن ضم الشفتين عقيب التكلم بالموجب ، وإن قالوا طلق

(فى ظاهر المروى) عن صاحب المذهب (وقيل لا) يقبل إلا ببينة (وعليه الاعتماد) والفتوى احتياطا لغلبة الفساد خانية ، وقيل إن عرف بالصلاح فالقول له (وحكم مالم يوقف على مشيئته) فيما ذكر (كالإنس والجن) والملائكة والجدار والحمار (كذلك) وكذا إن شرك كإن شاء الله وشاء زيد لم يقع أصلا ؛ ومثل إن إلا ، وإن لم ، وإذا ،

ولم نسمع منه غير كلمة الخلع والزوج يدعى الاستثناء فالقول له لجواز أنه قاله ولم يسمعوه والشرط سماعه لاسماعهم على ماعرف فى الجامع الصغير اه .

قال فى النهر عقبه : وفى فوائد شمس الإسلام لايقبل قوله ، وفى الفصول وهو الصحيح اه .

قلت : وكذا لايقبل قوله إذا ظهر منه دليل صحة الخلع كقبض البدل أو نحوه كما فى جامع الفصولين . قال فى التاترخانية : والمراد ذكر البدل لاحقيقة الأخذ ، فعلى هذا إذا ذكر البدل وقت الطلاق والخلع لايصدق قضاء فى دعوى الاستثناء اه (قوله وقيل لايقبل الخ) قال الخير الرملى أقول : حيثما وقع خلاف وترجيح لكل من القولين فالواجب الرجوع إلى ظاهر الرواية ، لأن ماعداها ليس مذهبا لأصحابنا . وأيضا كما غلب الفساد فى الرجال غلب فى النساء ، فقد تكون كارهة له فتطلب الخلاص منه فتفترى عليه فيفتى المفتى بظاهر الرواية الذى هو المذهب ويفوض باطن الأمر إلى الله تعالى ، فتأمل وأنصف من نفسك اه .

قلت : الفساد وإن كان فى الفريقين لكن أكثر العوام لايعرفون أن الاستثناء مبطل لليمين ، وإنما يعلمه ذلك حيلة بعض من لايخاف الله تعالى . وأيضا فإن دعوى الزوج خلاف الظاهر فإنه بدعوى الاستثناء يدعى إبطال الموجب بعد الاعتراف به ، بخلاف مامر من أن القول قوله فى وجود الشرط كدخولها الدار مثلا ، فإنه بعد قوله إن دخلت الدار فأنت طالق لم ينعقد الموجب للطلاق إلا بعد وجود الدخول وهو ينكره والظاهر يشهد له أما هنا فالظاهر خلاف قوله وإذا عم الفساد ينبغى الرجوع إلى الظاهر . قال فى الفتح : نقل نجم الدين النسفى عن شيخ الإسلام أبى الحسن أن مشايخنا أجابوا فى دعوى الاستثناء فى الطلاق أن لايصدق الزوج إلا ببينة لأنه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس اه (قوله وقيل إن عرف بالصلاح الخ) قائله صاحب الفتح حيث قال عقب مانقلناه عنه آنفا ، والذى عندى أن ينظر ، فإن كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لايشهدون على النفى ينبغى أن يؤخذ بما فى المحيط من عدم الوقوع تصديقا له ، وإن عرف بالفسق أو جهل حاله فلا لغلبة الفساد فى هذا الزمان اه .

قلت : ولا يخفى أن هذا تحقيق للقول الثانى المفتى به ، لأن المشايخ علاوه بفساد الزمان : أى فيكون الزوج متهما ، وإذا كان صالحا تنتفى التهمة فيقبل قوله فلا يكون هذا قولا ثالثا فتدبر (قوله وحكم من لم يوقف على مشيئته الخ) تعميم بعد تخصيص ، فإن البارى عز وجل ممن لايوقف على مشيئته . وأفاد بالتمثيل أن المراد مايعم من له مشيئة لايوقف عليها كإن شاء الإنس ومن لامشيئة له أصلا كإن شاء الجدار أفاده ط (قوله فيما ذكر) متعلق بحكم والمراد بما ذكر التعليق بالمشيئة ح (قوله كذلك) أى كالمعلق بمشيئة الله تعالى فى عدم الوقوع ح (قوله وكذا إن شرك) بأن علق بمشيئة الله تعالى مثلا ومشيئة من يوقف على مشيئته (قوله لم يقع أصلا) أى وإن شاء زيد بحر (قوله ومثل إن إلا) أى إذا قال إلا أن يشاء الله تعالى فهو مثل إن شاء الله تعالى ، ويحتمل أن يراد إلا المركبة من إن الشرطية ولا النافية كما فى قوله تعالى — إلا تفعلوه تكن فتنة — .

[تنبيه] ذكر فى الولوالجية : رجل قال لاأكلمه إلا ناسيا فكلمه ناسيا ثم كلمه ذاكرا حنث ، بخلاف إلا إن أنسى فلا يحنث ، والفرق أنه فى الأول أطلق واستثنى الكلام ناسياً فقط ، وفى الثانى وقت اليمين بالنسيان ، لأن قوله إلا أن بمعنى حتى فينتهى اليمين بالنسيان (قوله وإن لم) أى إن لم يشإ الله تعالى ، فلو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله تعالى وأنت طالق ثنتين إن لم يشإ الله تعالى لايقع شىء ، أما فى الأولى فللاستثناء ، وأما فى الثانية فلأنا

وما ، وما لم يشأ ، ومن الاستثناء : أنت طالق لولا أبوك ، أو لولا حسنك ، أو لولا أنى أحبك لم يقع خانية ، ومنه : سبحان الله ذكره ابن الهمام فى فتواه :

(قال أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله أو أنت حر وحر إن شاء الله طلقت ثلاثا وعتق العبد (عند الإمام) لأن اللفظ الثانى لغو ، ولا وجه لكونه توكيدا للفصل بالواو ، بخلاف قوله حر حر أو حر وعتيق لأنه توكيد وعطف تفسير فيصح الاستثناء (وكذا) يقع الطلاق بقوله (إن شاء الله أنت طالق) فإنه تطليق عندهما

لو أوقعناه علمنا أن الله تعالى شاءه ، لأن الوقوع دليل المشيئة ، لأن كل واقع بمشيئة الله تعالى وهو علق بعدم مشيئة الله تعالى الطلاق لا بمشيئته جل وعلا فيبطل الإيقاع ضرورة بحر ، وتمام الكلام على هذه المسألة فى التلويح عند الكلام على فى الظرفية (قوله وما) أى ما شاء الله تعالى فلا يقع ، أما على كونها مصدرية ظرفية فظاهر للشك وأما على كونها موصولا اسميا فكذلك لأن المراد أنت طالق الطلاق الذى شاء الله تعالى ، ومشيئته لا تعلم فلا يقع ، إذ العصمة ثابتة بيقين فلا تزول بالشك ، أفاده فى النهر (قوله ومالم يشأ) ومعناه أنت طالق مدة عدم مشيئة الله طلاقك ، والوجه فى عدم الوقوع ماذكر فى إن لم ط (قوله لولا أبوك الخ) إنما كان هذا استثناء ، لأن لولا تدل على امتناع الجزاء الذى هو الطلاق لوجود الشرط الذى هو وجود الأب أو حسنها ط (قوله ذكره ابن الهمام فى فتواه) كأن الشارح رأى ذلك فى فتوى معزوة إلى ابن الهمام ، لأنا لم نسمع أن له كتاب فتاوى . والظاهر أن ذلك غير ثابت عنه لمخالفته لما ذكره فى فتح القدير ، حيث قال ويتراءى خلاف فى الفصل بالذكر القليل ، فإنه ذكر فى النوازل لو قال : والله لاأكلم فلانا أستغفر الله إن شاء الله تعالى هو مستثن ديانة لاقضاء . وفى الفتاوى : لو أراد أن يحلف رجلا ويخاف أن يستثنى فى السر يحلفه ويأمره أن يذكر عقب الحلف موصولا سبحان الله أو غيره من الكلام ، والأوجه أن لايصح الاستثناء بالفصل بالذكر اه فهذا كما ترى صريح فى أن نحو : سبحان الله عقب اليمين فاصل مبطل للاستثناء ، أما إنه استثناء فلم يقل به أحد فافهم (قوله لأنه توكيد) راجع لقوله حر حر قال فى الفتح : وقياسه إذا كرر ثلاثا بلا واو أن يكون مثله اه وقوله وعطف تفسير راجع لقوله حر وعتيق ، ففيه لف ونشر مرتب ، وإنما لم يجعل حر وحر من عطف التفسير ، لأنه إنما يكون بغير لفظ الأول كما فى الفتح :

مطلب مهم لفظ إن شاء الله هل هو إبطال أو تعليق

(قوله فإنه تطليق الخ) اعلم أن التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال عندهما : أى رفع لحكم الإيجاب السابق . وعند أبى يوسف تعليق ، ولهذا شرط كونه متصلا كسائر الشروط .

ولهما أنه لاطريق للوصول إلى معرفة مشيئته تعالى فكان إبطالا ، بخلاف بقية الشروط ، وعلى كل لايقع الطلاق فى مثل أنت طالق إن شاء الله تعالى ، نعم تظهر ثمرة الخلاف فى مواضع .

منها مالإذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء فى الجواب ، كإن شاء الله أنت طالق . فعندهما لايقع لأنه إبطال فلا يختلف : وعنده يقع لأن التعليق لايصح بدون الفاء فى موضع وجوبها :

ومنها مالإذا حلف لايحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الإبطال كما يأتى ، هذا ماقرره الزيلعى وابن الهمام وغيرهما ، ومثله فى متن مواهب الرحمن حيث قال : ويجعل : أى أبو يوسف إن شاء الله تعليق وهما للإبطال وبه يفتى : فلو قال : إن شاء الله أنت كذا بلا فاء يقع على الأول ويلغو على الثانى اه لكن ذكر فى متن المجمع عكس ذلك حيث قال : وإن شاء الله أنت طالق يجعله تعليقا وهما تطليقا ، وحمله فى البحر على ماتقدم ، وفيه نظر ، فإن مقابلة التعليق بالتطليق تقتضى عدم الوقوع على قول أبى يوسف القائل بالتعليق والوقوع على قولهما ،

تعليق عند أبي يوسف لاتصال المبطل بالإيجاب فلا يقع كما لو أخر ، وقيل الخلاف بالعكس ، وعلى كل فالمفتى به عدم الوقوع إذا قدم المشيئة ولم يأت بالفاء ، فإن أتى بها لم يقع اتفاقا كما فى البحر والشرنبلالية والقهستانى وغيرها فليحفظ . وثمرته فيمن حلف لايحلف

على أنه صرح بذلك صاحب المجمع فى شرحه . ولا يخفى أن صاحب الدار أدرى ، وصرح بذلك أيضا فى شرح درر البحار حيث ذكر أولا أن أبا يوسف يجعله تعليقا ، لأن المبطل لما اتصل بالإيجاب أبطل حكمه ، ثم قال : وجعلاه تنجيزا لأنه لما انتفى رابط الجملتين وهو الفاء بقى قوله أنت طالق منجزا اه .

وقال فى التاترخانية : وإن قال إن شاء الله أنت طالق بدون حرف الفاء فهذا استثناء صحيح فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وفى الولوالجية : وبه نأخذ . وفى المحيط : وقال محمد هذا استثناء منقطع والطلاق واقع فى القضاء ويدين إن أراد به الاستثناء ، وذكر الخلاف على هذا الوجه فى القدورى . وفى الخانية لاتطلق فى قول أبى يوسف وتطلق فى قول محمد ، والفتوى على قول أبى يوسف اه ومثله فى الذخيرة . وذكر فى الخانية قبل هذا أول باب التعليق مثل مامر عن الزيلعى وغيره .

والحاصل أن أبا يوسف قائل بأن المشيئة تعليق ولكن اختلف فى التخريج على قوله ، فقيل تلزم الفاء فى الجواب كما فى بقية الشروط فيقع بدونها ، وقيل لا فلا يقع وإن محمدا قائل بأنها إبطال .

واختلف فى التخريج على قوله ، فقيل إنما تكون إبطالا إن صح الربط بوجود الفاء فى الجواب ، فلو حذفت فى موضع وجوبها وقع منجزا وهو معنى كونها حينئذ للتطليق ، وقيل إنها عنده للإبطال مطلقا فلا يقع وإن سقطت الفاء . وأما أبو حنيفة فقيل مع أبى يوسف ، وقيل مع محمد ، وبهذا ظهر أن مافى البحر من أنه على القول بالتعليق لايقع الطلاق إذا لم يأت بالفاء خلافا لما توهمه فى الفتح من أنه يقع فيه نظر لما علمت من اختلاف التخريج وظهر أيضا أن مافى الفتح من أن أبا يوسف قائل بأنها للإبطال وأنه صرح فى الخانية بذلك ، فهو مخالف لما سمعته على أن الذى رأيته فى الخانية التصريح بأنها عنده للتعليق ، وكذا مافيه من أن مافى شرح المجمع غلط ، وتبعه فى النهر ، فهو بعيد لما علمت من موافقته لعدة كتب معتبرة ، ولتصريح القدورى به بل هو أحد قولين ، وقد خفى هذا على صاحب الفتح والبحر والنهر وغيرهم ، فاغتنم تحرير هذا المقام الذى زلت فيه أقدام الأفهام (قوله لاتصال المبطل بالإيجاب) علة لقوله تعليق كما مر عن شرح درر البحار ، والمراد بالمبطل لفظ إن شاء الله فإنه استثناء صحيح وإن سقطت الفاء من جوابه كما مر عن التاترخانية فيلغو الإيجاب وهو قوله أنت طالق ، فلا يقع .

واستشكله فى البحر بأن مقتضى التعليق الوقوع عند عدم الفاء لعدم الرابط . وأجاب الرملى بما فى الولوالجية من أن المقصود منه إعدام الحكم لاالتعليق ، وفى الإعدام لايحتاج إلى حرف الجزاء ، بخلاف قوله إن دخلت الدار فأنت طالق ، لأن المقصود منه التعليق فافترقا اه .

قلت : وهذا على أحد التخريجين ، وهو مامشى عليه فى المجمع وغيره . أما على التخريج الآخر من عدم صحة التعليق بدون الفاء وهو مافى الزيلعى وغيره فيقع كما مر فافهم (قوله وقيل الخلاف بالعكس) يعنى الخلاف فى أن التعليق بالمشيئة هل هو إبطال أو تعليق لافى مسألة المتن : أى فقيل إنه إبطال عند أبى يوسف تعليق عند محمد ، ولم يذكر هذا القائل أبا حنيفة ، ويحتمل إرادة الخلاف فى مسألة المتن : أى قيل إنه يقع عند أبى يوسف لاعندهما كما مر عن الزيلعى وغيره فافهم (قوله وعلى كل الخ) أى سواء قيل إن التعليق أو الإبطال قول أبى يوسف أو قول غيره ، فالمفتى به عدم الوقوع ، فما مشى عليه المصنف خلاف المفتى به (قوله لم يقع اتفاقا) إذ لاشك حينئذ فى صحة التعليق (قوله وثمرته الخ) هذا الضمير لامرجع له فى كلامه لأنه راجع إلى أنه لو أخر الشرط وقال

بالطلاق وقاله حنث على التعليق لاالإبطال (وبأنت طالق بمشيئة الله أو بإرادته أو بمحبته أو برضاه) لاتطلق ، لأن الباء للإلصاق فكانت كإلصاق الجزاء بالشرط (وإن أضافه) أى المذكور من المشيئة وغيرها (إلى العبد كان) ذلك (تمليكا فيقتصر على المجلس) كما مر .

(وإن قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بإذنه أو بعلمه أو بقدرته يقع فى الحال أضيف إليه تعالى أو إلى العبد) إذ يراد بمثله التنجيز عرفا (كقوله) أنت طالق (بحكم القاضى ، وإن) قال ذلك (باللام يقع فى الوجوه كلها) لأنه للتعليل (وإن)كان ذلك (بحرف فى إن أضافه إلى الله تعالى لايقع فى الوجوه كلها) لأن فى بمعنى الشرط (إلا فى العلم فإنه يقع فى الحال) وكذا القدرة إن نوى بها ضد العجز لوجود قدرة الله تعالى قطعا كالعلم (وإن أضاف إلى العبد كان تمليكا فى الأربع الأول) وما بمعناها كالهوى والرؤية (تعليقا فى غيرها) وهى ستة ، ثم العشرة إما أن تضاف لله أو للعبد،والعشرون إما أن تكون بباء أو لام أو فى فهى ستون . وفى البزازية كتب الطلاق

أنت طالق إن شاء الله أو قدمه ، وأتى بالفاء فى الجواب ، فهو إبطال عندهما تعليق عند أبى يوسف ، وقدمنا أن ثمرة الخلاف تظهر فى مواضع منها مسألة المتن ، وهى ماإذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء فى الجواب كما قررناه سابقا ومنها هذه ، وبيانها مافى الخانية حيث قال : ولو قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله طلقت امرأته فى قول أبى يوسف ، ولا تطلق فى قول محمد ، لأن على قول أبى يوسف أنت طالق إن شاء الله يمين لوجود الشرط والجزاء ، وعلى قول محمد ليس بيمين اه أى لأنه عنده للإبطال ، وقدمنا أن الفتوى عليه ، وبما ذكرناه علم أن الضمير فى قوله وقاله راجع إلى مالو أخر الشرط كأنت طالق إن شاء الله أو قدمه وأتى بالفاء الرابطة كإن شاء الله فأنت طالق (قوله أو برضاه) الرضا ترك الاعتراض على الفاعل وإن لم يكن معه محبة ط (قوله لأن الباء للإلصاق) أى هو المعنى الحقيقى لها فيلتصق وقوع الطلاق بأحد هذه الأربعة وهى غيب لا يطلع عليها فلا تطلق بالشك ط (قوله وإن أضافه) أى بالباء (قوله أى المذكور) جواب عن المصنف حيث أفرد الضمير ومرجعه متعدد ط (قوله فيقتصر على المجلس) أى مجلس علمه ، فإن شاء فيه طلقت وإلا خرج الأمر من يده (قوله كما مر) أى فى فصل المشيئة ح (قوله إذ يراد بمثله التنجيز عرفا) أى فلا يصدق فى إرادة التعليق والظاهر أنه يصدق ديانة تأمل (قوله وإن قال ذلك) أى المذكور من الألفاظ العشرة (قوله فى الوجوه كلها) أى سواء أضيفت إلى الله تعالى أو إلى العبد (قوله لأنه للتعليل) أى تعليل الإيقاع كقوله طالق لدخولك الدار فتح أى والإيقاع لايتوقف على وجود علته كما مر ، فلا يرد أن المشيئة ونحوها غير معلومة ؛ ولا كون محبة الله تعالى للطلاق معدومة لكونه أبغض الحلال إليه تعالى (قوله لأن فى بمعنى الشرط) فيكون تعليقا بما لايوقف عليه فتح قيل وفى قوله بمعنى الشرط إشارة إلى أنه لايصير شرطا محضا حتى يقع الطلاق بعده ، بل يقع معه . وتظهر الثمرة فيما لو قال للأجنبية أنت طالق فى نكاحك فتزوجها لاتطلق ، كما لو قال مع نكاحك ، بخلاف إن تزوجتك تلويح : أى لأن الطلاق لايكون إلا متأخرا عن النكاح (قوله فإنه يقع فى الحال) لأنه لايصح نفيه عن الله تعالى بحال لأنه يعلم ماكان ومالم يكن فكان تعليقا بأمر موجود فيكون إيقاعا زيلعى (قوله إن نوى بها ضد العجز) أى نوى حقيقتها لأنها صفة منافية للعجز فيكون تعليقا بأمر موجود ، أما لو نوى بها التقدير فلا يقع لأنه تعالى قد يقدر شيئا وقد لايقدره (قوله والرؤية) الكثير فيها أن تكون مصدر رأى البصرية ومصدر القلبية الرأى ومصدر الحلمية الرؤيا وقد يستعمل كل فى الآخر ، وهذا منه لأن رؤية طلاقها بالقلب لا بالبصر رحمتى (قوله ثم العشرة) الأظهر فى التركيب أن يقول فالحاصل أن العشرة الخ كما لايخفى ح (قوله إما أن تكون بباء) ترك إن من التقسيم كما ترك المصنف بقية الكلام عليها .

واستثنى بالكتابة صح، وعلى مامر عن العمادية فهى مائة وثمانون، وفى كيف شاء الله تطلق رجعية (أنت طالق ثلاثا إلا واحدة يقع ثنتان ، وفى إلا ثنتين واحدة ، وفى إلا ثلاثا) يقع (ثلاث) لأن استثناء الكل باطل

وحاصل حكمها أنها إبطال أو تعليق فى العشرة إن أضيفت إلى الله تعالى ، وتمليك فيها إن أضيفت إلى العبد .
قال فى البحر : والحاصل أنه إن أتى بإن لم يقع فى الكل اه يعنى إذا أضيفت إلى الله تعالى فالأقسام حينئذ ثمانون اهح .

قلت : الذى ذكره المصنف كغيره أن الأربعة الأول للتمليك ، وهذا وإن ذكره مع الباء وفى لكنهما بمعنى الشرط . وأصل أدوات الشرط هو إن فلا تكون الستة الباقية للتمليك أصلا . ثم رأيت الزيلعى صرح بذلك حيث قال : فالحاصل أن هذه الألفاظ عشرة : أربعة منها للتمليك ، وهى المشيئة وأخواتها . وستة ليست للتمليك وهى الأمر وأخواته الخ . وعلى هذا فإذا أضيفت إلى العبد بإن الشرطية كانت الأربعة الأول للتمليك فتتوقف على المجلس والستة الباقية للتعليق لاتتوقف عليه ، فقوله فى البحر لم يقع فى الكل : أى لم يقع أصلا إن أضيفت إلى الله تعالى ، ولم يقع فى الحال إن أضيفت إلى العبد فافهم . لكن يرد على البحر كما قال ط إن هذا ينافى ماذكره المصنف فى صورة العلم إذا أضيف إليه تعالى فإنه يقع ، وعلله بأنه تعليق بأمر موجود فيكون تنجيزا (قوله وعلى مامر عن العمادية) أى من قوله : فلو تلفظ بالطلاق وكتب الاستثناء موصولا أو عكس أو أزال الاستثناء بعد الكتابة لم يقع (قوله فهى مائة وثمانون) صوابه مائتان وأربعون ، لأن مافى البزازية صورة هى كتابة الطلاق والاستثناء معا ، ومافى العمادية ثلاث صور وبضرب أربعة فى ستين تبلغ مائتين وأربعين وقد تزيد ، وذلك أن العشرة إما أن تضاف إلى الله تعالى أو إلى من يوقف على مشيئته من العباد أو من لا يوقف أو إلى الثلاثة أو إلى اثنين منها ، فهى سبعة تضرب فى العشرة تبلغ سبعين ، وعلى كل إما بإن أو الباء أو اللام أو في تبلغ مائتين وثمانين . وعلى كل إما أن يتلفظ بالطلاق والاستثناء وما بمعناه أو يكتبهما أو يمحوهما بعد الكتابة أو يمحو الطلاق أو الإنشاء أو يتلفظ بالطلاق ويكتب الآخر أو بالعكس أو يمحو ماكتب . فهى ثمانية فى مائتين وثمانين تبلغ ألفين ومائتين وأربعين (قوله تطلق رجعية) لأن المضاف إلى مشيئة الله تعالى حال الطلاق وكيفيته من المفرد والمتعدد والرجعى والبائن لا أصله فيقع أقله لأنه المتيقن وهو الواحدة الرجعية (قوله أنت طالق ثلاثا إلا واحدة) شروع فى استثناء التحصيل بعد الفراغ من استثناء التعطيل كما ذكره القهستانى .

مطلب أحكام الاستثناء الوضعى

وفى البحر : الاستثناء نوعان : عرفى وهو مامر من التعليق بالمشيئة ، ووضعى وهو المراد هنا ، وهو بيان بإلا أو إحدى أخواتها أن مابعدها لم يرد بحكم الصدر . ويبطل بخمسة : بالسكتة اختيارا وبالزيادة على المستثنى منه ، وبالمساواة ، وباستثناء بعض الطلقة ، وبإبطال البعض كأنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثلاثا كما فى الخانية اه ملخصا : أى لأن إخراج الثلاث من إحدى الثنتين لغو .

وفى الفتح عن المنتقى أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا فهى ثلاث عنده لأنه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا . وعندهما يقع ثنتان كأنه قال ستا إلا أربعا ؛ ولو قال ثلاثا إلا واحدة أو ثنتين طولب بالبيان ، فإن مات قبله طلقت واحدة هو الصحيح ، وفى رواية ثنتين (قوله وفى الاثنتين واحدة) عن أبى يوسف لايصح ، وهو قول طائفة من أهل العربية ، وبه قال أحمد ، وتحقيق ذلك فى الفتح (قوله لأن استثناء الكل باطل) هذا مقيد بما إذا لم يكن

إن كان بلفظ الصدر أو مساويه ، وإن بغيرهما كنسائى طوالق إلا هؤلاء أو إلا زينب وعمرة وهند وعبيدى أحرار إلا هؤلاء أو إلا سالما وغانما وراشدا وهم الكل صح كما سيجىء فى الإقرار .

(ويعتبر) فى (المستثنى كونه كلا أو بعضا من جملة الكلام إلا من جملة الكلام الذى يحكم بصحته) وهو الثلاث ، ففى أنت طالق عشرا إلا تسعا تقع واحدة ، وإلا ثمانية تقع ثنتان ، وإلا سبعا تقع ثلاث ، ومتى تعدد الاستثناء بلا واو وكان كل إسقاطا مما يليه فيقع ثنتان بأنت طالق عشرا إلا تسعا إلا ثمانية إلا سبعة ، ويلزمه خمسة

بعده استثناء يكون جبرا للصدر ، فإن كان صح ، وعلى هذا تفرع مالو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة حيث يقع واحدة ؛ ولو قال إلا ثنتين إلا واحدة وقع ثنتان نهر ، وهذا من تعدد الاستثناء ويأتى بيانه ، وإنما بطل استثناء الكل لأنه لايبقى بعده شىء يصير متكلما به والاستثناء لم يوضع إلا للتكلم بالباقى بعد الثنيا لا لأنه رجوع بعد التقرر كما قيل ، وإلا لصح فيما يقبل الرجوع ؛ كما لو قال : أوصيت لفلان بثلث مالى إلا ثلث مالى أفاده فى الفتح (قوله إن كان بلفظ الصدر) أى كما مثل به فى المتن ، وكقوله نسائى طوالق إلا نسائى وعبيدى أحرار إلا عبيدى كما فى البحر ح .

وفى الفتح : ولو قال واحدة وثنتين إلا ثنتين أو قال ثنتين وواحدة إلا ثنتين يقع الثلاث وكذا ثنتين وواحدة إلا واحدة لأنه فى الأوليين إخراج الثنتين من الثنتين أو من الواحدة ، وفى الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح ، بخلاف مالو قال واحدة وثنتين إلا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة إخراج الواحدة من الثنتين ، والأصل أن الاستثناء إنما ينصرف إلى مايليه ، وإذا تعقب جملا فهو قيد للأخيرة منها اه (قوله أو مساويه) نحو : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة ، وأنت طالق ثلاثا إلا ثنتين وواحدة ، ونحو أنتن طوالق إلا زينب وعمرة وهندا وليس له رابعة ، وأنتم أحرار إلا سالما وغانما وراشدا وليس له رابع اه ح ، (قوله صح) أى صح الاستثناء فى هذه الأمثلة وكذا قوله كل امرأة لى طالق إلا هذه وليس له سواها لاتطلق ، لأن المساواة فى الوجود لا تمنع صحته إن عم وضعا لأنه تصرف صيغى بحر ، يعنى أنه ينظر فيه إلى صيغة المستثنى منه ، فإن عمت المستثنى وغيره وضعا صح الاستثناء فإن كل امرأة يعم فى الوضع هذه وغيرها ؛ وكذا لفظ نسائى يعم المسميات وغيرهن ، بخلاف أنتن فإنه لايعم غير المسميات المخاطبات ، وبخلاف ما إذا لم يكن فيه عموم أصلا ، ومنه مافى الفتح حيث قال : ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه إخراج شىء اه . وكذا مافى البحر : لو قال للمدخولة أنت طالق أنت طالق أنت طالق إلا واحدة تقع الثلاث ، وكذا لو قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة لأنه ذكر كلمات متفرقة فيعتبر كل كلام فى حق صحة الاستثناء كأنه ليس معه غيره ، وكذا هذه طالق وهذه وهذه إلا هذه ، ولو قال : أنتن طوالق إلا هذه صح الاستثناء اه (قوله تقع واحدة) ولو كان المعتبر مايحكم بصحته من العشرة وهو الثلاث لزم استثناء التسعة من الثلاث فيلغو ويقع الثلاث .

مطلب فيما لو تعدد الاستثناء

(قوله ومتى تعدد الاستثناء) أى وأمكن استثناء بعضه من بعض ، بخلاف مالا يمكن كقاموا إلا زيدا إلا بكرا إلا عمرا فإن حكم مابعد الأول كحكمه . قال فى الفتح : وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى ـ إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته ـ (قوله بلا واو) فإن كان بالواو كان الكل إسقاطا من الصدر ، نحو : أنت طالق عشرا إلا خمسا وإلا ثلاثا وإلا واحدة تقع واحدة ح (قوله كان كل) أى كل واحد من المستثنيات إسقاطا مما يليه أى مما قبله ، فالضمير المستتر فى يليه عائد على كل والبارز على ما فهو صلة جرت على غير من هى له ، لكن اللبس مأمون لعدم صحة

بله على عشرة إلا ٩ إلا ٨ إلا ٧ إلا ٦ إلا ٥ إلا ٤ إلا ٣ إلا ٢ إلا واحدة ، وتقريبه أن تأخذ العدد الأول بيمينك والثانى بيسارك والثالث بيمينك والرابع بيسارك وهكذا ، ثم تسقط مابيسارك مما بيمينك ، فما بقى فهو الواقع (إخراج بعض التطليق لغو ، بخلاف إيقاعه ، فلو قال أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة وقع الثلاث فى المختار) وعن الثانى ثنتان فتح .

وفى السراجية أنت طالق إلا واحدة يقع ثنتان انتهى فكأنه استثنى من ثلاث مقدر .

(سألت امرأة الثلاث فقال أنت طالق خمسين طلقة فقالت المرأة ثلاث تكفينى فقال ثلاث لك والبواقى لصواحبك وله ثلاث نسوة غيرها تطلق المخاطبة ثلاثا لاغيرها أصلا) هو المختار لصيرورة البواقى لغوا ، فلم يقع بصرفه لصواحبها شىء .

[فروع] فى أيمان الفتح مالفظه ، وقد عرف فى الطلاق أنه لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، إن دخلت الدار فأنت طالق ، إن دخلت الدار فأنت طالق وقع الثلاث ، وأقره المصنف ثمة .

إسقاط الأكثر من الأقل فلا يجب إبراز الضمير اهـ ح : وبيان ذلك فى مسألة الطلاق أن تسقط السبعة من الثمانية يبقى واحد تسقطه من التسعة يبقى ثمانية تسقطها من العشرة يبقى ثنتان (قوله أن تأخذ العدد الأول الخ) بيانه أن تعد الأوتار بيمينك أى الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع ، وهى تسعة وسبعة وخمسة وثلاثة وواحدة وجملتها خمسة وعشرون ، وتعد الأشفاع بيسارك : أى الثانى والرابع والسادس والثامن ، وهى ثمانية وستة وأربعة واثنان وجملتها عشرون تسقطها مما باليمين يبقى خمسة .

قلت : وله طريقة ثانية ، وهى إخراج الأوتار وإدخال الأشفاع ، بأن تخرج كل وتر من شفع قبله بيانه أن تخرج التسعة من العشرة يبقى واحد تضمه إلى الثمانية تصير تسعة ، أخرج منها سبعة يبقى اثنان تضمها إلى الستة تصير ثمانية ، أخرج منها خمسة يبقى ثلاثة ، تضمها إلى الأربعة تصير سبعة ، أخرج منها ثلاثة يبقى أربعة ، تضمها إلى الاثنين تصير ستة أخرج منها الواحد يبقى خمسة .

والطريقة الثالثة إسقاط كل مما يليه كما مر ، بأن تسقط الواحد من الاثنين يبقى واحد أسقطه من الثلاثة يبقى اثنان أسقطهما من الأربعة يبقى اثنان أيضا أسقطهما من الخمسة يبقى ثلاثة أسقطها من الستة يبقى ثلاثة أيضا أسقطها من السبعة يبقى أربعة ، أسقطها من الثمانية يبقى أربعة أيضا ، أسقطها من التسعة يبقى خمسة ، أسقطها من العشرة يبقى خمسة (قوله فهو الواقع) أى المقر به ط (قوله وعن الثانى ثنتان) لأن التطليقة لا تتجزأ فى الإيقاع فكذا فى الاستثناء ، فكأنه قال إلا واحدة . والجواب أن الإيقاع إنما لا يتجزأ المعنى فى الموقع وهو لم يوجد فى الاستثناء فيتجزأ فيه ، فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا كذا فى الفتح .

وحاصله أن إيقاع نصف الطلقة مثلا غير متصور شرعا ، فكان إيقاعا للكل ، بخلاف استثناء النصف فإنه ممكن لكنه يلغو ، لأن النصف الباقى تقع به طلقة .

قلت : والأقرب فى الجواب أنه لما أخرج نصفا له حكم الكل وأبقى نصفا كذلك أوقعنا عليه طلقة بما أبقى ولم يصح إخراجه ، لأنه لو صح لزم إخراج طلقة حكمية من طلقة حكمية فيلغو (قوله فكأنه استثنى من ثلاث مقدر) قلت : وجهه أن لفظ طالق لايحتمل الثنتين لأنهما عدد محض ، بل يحتمل الفرد الحقيقى أو الجنس أعنى الثلاث ، والأول لايصح هنا لأنه يلزم منه إلغاء الاستثناء فتعين الثانى فافهم (قوله فى أيمان الفتح) خبر عن ما وليس نعتا لفروع ، لأن الفرع الأول فقط فى أيمان الفتح ح (قوله وقع الثلاث) يعنى بدخول واحد كما تدل عليه عبارة

إن سكنت هذه البلدة فامرأته طالق وخرج فورا وخلع امرأته ثم سكنها قبل العدة لم تطلق ، بخلاف فأنت طالق فليحفظ .

إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت كذا لم يقع حتى يتزوجها مرتين ، بخلاف مالو قدم الجزاء فليحفظ .

إن غبت عنك أربعة أشهر فأمرك بيدك ثم طلقها فاعتدت فتزوجت ثم عادت للأول ثم غاب أربعة أشهر فلها أن تطلق نفسها ولو اختلعت لا لأنه تنجيز والأول تعليق .

دعاها للوقاع فأبت فقال متى يكون ؟ فقالت غدا ، فقال : إن لم تفعلى هذا المراد غدا فأنت كذا ثم نسياه حتى مضى الغد لايقع .

أيمان الفتح ، حيث قال : ولو قال لامرأته والله لا أقربك ثم قال والله لا أقربك فقربها مرة لزمه كفارتان اه . والظاهر أنه إن نوى التأكيد يدين ح .

قلت : وتصوير المسألة بما إذا ذكر لكل شرط جزاء، فلو اقتصر على جزاء واحد : ففى البزازية إن دخلت هذه الدار إن دخلت هذه الدار فعبدى حر وهما واحد، فالقياس عدم الحنث حتى تدخل دخلتين فيها، والاستحسان يحنث بدخول واحد ويجعل الباقى تكرارا وإعادة اه ثم ذكر إشكالا وجوابه وذكر عبارته بتمامها فى البحر عند قوله والملك يشترط لآخر الشرطين ، وقوله وهما واحد : أى الداران فى الموضعين واحد ، بخلاف مالو أشار إلى دارين فلا بد من دخولين كما هو ظاهر (قوله لم تطلق) هذا مبنى على قول ضعيف كما حققناه عند قوله وزوال الملك لايبطل اليمين فافهم (قوله بخلاف مالو قدم الجزاء) هكذا فى بعض النسخ وفى بعضها بخلاف مالو لم يؤخر الجزاء وكلاهما صحيح ، وأما مافى بعض النسخ ، بخلاف مالو أخر الجزاء فقال ح : صوابه قدم الجزاء ، ومع ذلك فقد ترك ماإذا وسطه .

قال فى النهر وفى المحيط : لو قال إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت طالق لم يقع حتى يتزوجها مرتين، بخلاف ما إذا قدم الجزاء أو وسطه اه كلام النهر، وفصله فى الفتاوى الهندية فقال : وإن كرر بحرف العطف فقال إن تزوجتك وإن تزوجتك ، أو قال إن تزوجتك ، فإن تزوجتك أو إذا تزوجتك أو متى تزوجتك لايقع الطلاق حتى يتزوجها مرتين، ولو قدم الطلاق فقال أنت طالق إن تزوجتك وإن تزوجتك فهذا على تزوج واحد، ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق وإن تزوجتك طلقت بكل واحد من التزويجين (قوله إن غبت عنك الخ) أقول : المسألة ذكرها فى البحر عند قول الكنز وزوال الملك بعد اليمين لايبطلها .

ونصه فى القنية : لو قال لها أمرك بيدك ثم اختلعت منه وتفرقا ثم تزوجها ففى بقاء الأمر بيدها روايتان ، والصحيح أنه لايبقى . قال : إن غبت عنك أربعة أشهر فأمرك بيدك ثم طلقها وانقضت عدتها وتزوجت ثم عادت إلى الأول وغاب عنها أربعة أشهر فلها أن تطلق نفسها اه . والفرق بينهما أن الأول تنجيز للتخيير فيبطل بزوال الملك ، والثانى تعليق التخيير فكان يمينا فلا يبطل اه كلام البحر ، وبه تعلم مافى كلام الشارح من الإيجاز المخل .

والحاصل أن التخيير يبطل بالطلاق البائن إذا كان التخيير منجزا ، بخلاف المعلق وهذا ماوفق به فى الفصول العمادية بين كلامهم كما حررناه قبيل فصل المشيئة (قوله لايقع) لأن الحنث شرطه أن يطلب منها غدا وتمتنع ولم يطلب بحر ، ونحوه فى التاترخانية عن المنتقى .

قلت : ومقتضاه أن النسيان لا تأثير له هنا ، لكن سيأتى فى الأيمان بأن تعليله إمكان البر شرط لبقاء اليمين بعد انعقادها كما هو شرط لانعقادها ، خلافا لأبى يوسف . ولا يخفى مافيه ، فإن إمكان البر محقق بالتذكر ،

حلف أن لايأتيها فاستلقى فجاءت فجامعت إن مستيقظا حنث :

إن لم أشبعك من الجماع فعلى إنزالها .

إن لم أجامعك ألف مرة فكذا فعلى المبالغة لاالعدد .

وإن وطئتك فعلى جماع الفرج ، وإن نوى الدوس بالقدم حنث به أيضا :

له امرأة جنب وحائض ونفساء فقال أخبثكن طالق طلقت النفساء ، وفى أفحشكن طالق فعلى الحائض .

قال : لى إليك حاجة فقال امرأته طالق إن لم أقضها ، فقال هى أن تطلق امرأتك فله أن لايصدقه .

قال لأصحابه إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلى فامرأته كذا فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم العسس فحبسهم لايحنث :

إن خرجت من الدار إلا بإذنى فخرجت لحريقها لايحنث .

على أنه يلزم أن يكون النسيان عذرا فى عدم الحنث فى غير هذه الصورة أيضا ، وهو خلاف المنصوص فافهم (قوله إن مستيقظا حنث) لأنه يسمى إتيانا منه . قال تعالى -فأتوا حرثكم أنى شئتم- (قوله فعلى إنزالها) أى تنعقد اليمين على أن يجامعها حتى تنزل لأن شبعها يراد به كسر شهوتها به (قوله فعلى المبالغة لا العدد) فلا تقدير لذلك والسبعون كثير خانية . والظاهر أن محله مالم ينو العدد ، فإن نواه عملت نيته لأنه شدد على نفسه ط (قوله حنث به أيضا) أى كما يحنث بالجماع فلا يصح نفيه المعنى المتبادر ويؤاخذ بما نواه لأنه شدد على نفسه فأيهما فعل حنث به :

بقى لو فعل كلا منهما هل يحنث مرتين ؟ الظاهر نعم ، وينبغى أن لايحنث فى الديانة إلا بما نوى . قال ط ولو قال إن وطئت من غير ذكر امرأة ولا ضميرها فهو على الدوس بالقدم هو اللغة والعرف وذلك باتفاق أصحابنا ومحله مالم ينو الجماع وإلا عملت نيته فيما يظهر (قوله له امرأة الخ) لامناسبة لها فى هذا الباب إذ ليس فيها تعليق ، وقوله طلقت النفساء ، لعل وجهه أن الخبيث قد يطلق على المستكره ريحه كالثوم والبصل ودم النفساء منتن لطول مكثه (قوله فعلى الحائض) لعل وجهه النهى عنه فى القرآن نصا أو كثرته وزيادة أوقاته ومنه غبن فاحش : ثم رأيت فى البحر عن القنية علل له بقوله لأنه نص (قوله فله أن لايصدقه) ولا تطلق زوجته لأنه محتمل للصدق والكذب فلا يصدق على غيره بحر عن المحيط . ولا يقال إن هذا مما لايوقف عليه إلا منه ، فالقول له كقوله لها إن كنت تحبين فقالت أحب لأن ذاك فيما إذا كان المعلق عليه من جهة الزوجة لامن جهة أجنبى كما قدمناه ، وأفاد أنه لو صدقه حنث (قوله لايحنث) ينافى ما يأتى قريبا من أن شرط الحنث إن كان عدميا وعجز حنث اهـ ح وأصله لصاحب البحر :

أقول : لا إشكال لأنه صدق عليه أنه ذهب فعدم الحنث لوجود البر ، ويشهد له ما يأتى متنا فى الأيمان : لايخرج أو لايذهب إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث إذا جاوز عمران مصره على قصدها اهـ فإن عدم الحنث فيه(١) لوجود المحلوف عليه ط .

قلت : وذكر فى الخانية تخريج عدم الحنث فى مسألة العسس على قول أبى حنيفة ومحمد فيما إذا حلف ليشربن الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فأهرقه قبل مضى اليوم لايحنث عندهما اهـ وفى الذخيرة مايدل على أن فى المسألة خلافا (قوله فخرجت لحريقها لايحنث) وكذا لو خرجت للغرق ، لأن الشرط الخروج بغير إذنه لغير الغرق والحرق بحر أى لأن ذلك غير مراد عرفا فلا يدخل فى اليمين ، وكذا يتقيد ببقاء النكاح كما سيأتى فى الأيمان ،

---

(١) (قوله فإن عدم الحنث فيها) أى فى أصل مسألة الشارح لامسألة دخول مكة اهـ .

حلف لايرجع الدار ثم رجع لشىء نسيه لايحنث .

حلف ليخرجن ساكن داره اليوم والساكن ظالم فإن لم يمكنه إخراجه فاليمين على التلفظ باللسان

وعلله فى الفتح هناك بأن الإذن إنما يصح لمن له المنع ، وهو مثل السلطان إذا حلف إنسانا ليرفعن إليه خبر كل داعر فى المدينة كان على مدة ولايته ، فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لاتطلق وإن كان زوال الملك لايبطل اليمين عندنا لأنها لم تنعقد إلا على بقاء النكاح اه ومثله تحليف رب الدين الغريم أن لايخرج من البلد إلا بإذنه تقيد بقيام الدين كما سيأتى هناك إن شاء الله تعالى (قوله حلف لايرجع الخ) فى الخانية رجل خرج مع الوالى فحلف أن لا يرجع إلا بإذن الوالى فسقط من الحالف شىء فرجع لأجله لايحنث ، لأن هذا الرجوع مستثنى من اليمين عادة اه أى لأن المحلوف عليه هو الرجوع بمعنى ترك الذهاب معه ، فإذا رجع لحاجة على نية العود لم يتحقق المحلوف عليه .

مطلب اليمين تتخصص بدلالة العادة والعرف

والحاصل أن هذه المسألة والتى قبلها تخصصت اليمين فيهما بدلالة العادة والعادة مخصصة كما تقرر فى كتب الأصول . ونظير ذلك مافى الخانية أيضا : رجل حلف رجلا أن يطيعه فى كل مايأمره وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته لايحنث إن لم يكن هناك سبب يدل عليه ، لأن الناس لايريدون بهذا النهى عن جماع امرأته عادة ، كمالايراد به النهى عن الأكل والشرب . وفيها أيضا : اتهمته امرأته بجارية فحلف لايمسها انصرف إلى المس الذى تكره المرأة ، وكذا لو قال إن وضعت يدى على جاريتى فهى حرة فضربها ووضع يده عليها لايحنث إن كانت يمينه لأجل المرأة ولأمر يدل على أنه يريد الوضع لغير الضرب اه .

قلت : ومثله فيما يظهر ماذكره بعض محققى الحنابلة فيمن قال لزوجته إن قلت لى كلاما ولم أقل لك مثله فأنت طالق ، فقالت له أنت طالق ولم يقل لها مثله من أنها لاتطلق ، لأن كلام الزوج مخصص بما كان سبا أو دعاء أونحوه إذ ليس مراده أنها لو قالت اشتر لى ثوبا أن يقول لها مثله بل أراد الكلام الذى كان سبب حلفه اه (قوله فاليمين على التلفظ باللسان) كذا فى القنية والحاوى للزاهدى معزيا للوبرى ، ولعله محمول على ما إذا كان الحالف عالما وقت الحلف بأنه لايمكنه إخراجه بالفعل ، فينصرف إلى التلفظ بقوله أخرج من دارى ، ولو حمل على اليمين المؤقتة كما فى لأشربن ماء هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه لكان ينبغى عدم الحنث بمضى اليوم وإن لم يقل له أخرج ولعله لم يحمل عليها لإمكان صرف اليمين إلى التلفظ المذكور بقرينة العجز عن الحقيقة .

مطلب لايدع فلانا يسكن فى هذه الدار

كما لو حلف لايدع فلانا يسكن فى هذه الدار ، فقد قالوا : إن كانت الدار ملكا للحالف فالمنع بالقول والفعل وإلا فبالقول فقط أى لأنه لايملك منعه بالفعل ؛ ومثله مالو كان آجره الدار ، فقد صرحوا بأنه يبر بقوله أخرج من دارى . ووجهه أن المستأجر ملك المنافع فصار الحالف كالأجنبى الذى لاملك له فى الدار . وأما ماسيذكره الشارح أخر كتاب الأيمان حيث قال لايدخل فلان داره فيمينه على النهى إن لم يملك منعه وإلا فعلى النهى والمنع جميعا ، فهو مخالف لما رأيته فى كثير من الكتب من ذكر هذا التفصيل فى حلفه لايدعه أو لايتركه .

ففى الولوالجية قال ؛ إن أدخلت فلانا بيتى أو قال إن دخل فلان بيتى أو قال إن تركت فلانا يدخل بيتى فامرأته طالق ، فاليمين فى الأول على أن يدخل بأمره لأنه متى دخل بأمره فقد أدخله ، وفى الثانى على الدخول

إن لم تجيئى بفلان أو إن لم تردى ثوبى الساعة فأنت طالق فجاء فلان من جانب آخر بنفسه وأخذ الثوب قبل دفعها لايحنث ، كذا إن لم أدفع إليك الدينار الذى علىّ إلى رأس الشهر فكذا فأبرأته قبل رأس الشهر بطل اليمين .

بقى مايكتب فى التعاليق متى نقلها أو تزوج عليها وأبرأته من كذا أو من باقى صداقها ، فلو دفع لها الكل هل تبطل ؟ الظاهر لا لتصريحهم بصحة براءة الإسقاط والرجوع بما دفعه .

أمر الحالف أو لم يأمر علم أو لم يعلم لأنه وجد الدخول ، وفى الثالث على الدخول بعلم الحالف. لأن شرط الحنث الترك للدخول ، فمتى علم ولم يمنع فقد ترك اه ومثله فى أيمان البحر عن المحيط وغيره ، فتعليله للثانى بأنه وجد الدخول صريح فى انعقاد اليمين على نفس فعل الغير ، ولذا قال الشارح هناك قال لغيره : والله لتفعلن كذا فهو حالف ، فإذا لم يفعله المخاطب حنث الخ فعلم أنه فى حلفه لايدخل فلان داره يحنث بدخوله وإن نهاه الحالف لأنه وجد شرط الحنث . بخلاف لايتركه يدخل فإن فيه التفصيل المار ؛ ولو جرى هذا التفصيل فى الحلف على فعل الغير لزم أنه لو قال إن دخل فلان دارى فأنت طالق أنه لو نهاه عن الدخول ثم دخل لايقع الطلاق ، وأنه لو قال والله لتفعلن كذا وأمره بالفعل فلم يفعل لا يحنث . وقد يجاب بحمل قول الشاعر فى الأيمان فيمينه على النهى إن لم يملك منعه على ماذكره هنا من كون المحلوف عليه ظالما بقرينة أن فرض المسألة فى الحلف على دار الحالف فلا يمكن حمله على التفصيل المذكور فيما إذا كانت الدار ملك الحالف أو ملك غيره . وسيأتى إن شاء الله تعالى زيادة تحرير لهذا المحل فى الأيمان ، وإنما تعرضنا لذكر ذلك هنا لأن بعض محشى الأشباه اغتر بعبارة الشارح المذكورة فى الأيمان فأفتى بعدم الحنث بعدم الدخول فى قوله لايدخل فلان دارى ، وهو ما اشتهر على ألسنة العوام من أنه لايحنث فى الحلف على مالا يملكه وليس على إطلاقه فتنبه لذلك (قوله إن لم تجيء) بفعل المؤنثة المخاطبة ليناسب قوله فأنت طالق ح (قوله الساعة) راجع إليهما ، وقيد بها لأن المطلقة لايحنث فيها إلا باليأس بنحو موت الحالف أو ضياع الثوب ط (قوله لايحنث) لعدم إمكان البر ، وقيل يحنث فيهما ط عن البحر .

قلت : وفى الخانية قال لامرأته : إن لم تجيء بمتاع كذا غدا فأنت طالق فبعثت المرأة به على يد إنسان ، فإن كان نوى وصول المتاع إليه غدا لايحنث لأنه نوى محتمل لفظه ، وإن لم ينو شيئاً أو نوى حملها بنفسها حنث ولا يكون اليمين على الوصول إلا بالنية اه (قوله بطل اليمين) لأنه بعد إبرائها منه لم يبق لها عليه فلا يمكن دفعه (قوله مايكتب فى التعاليق) أى مايكتبه الزوج على نفسه عند خوف المرأة من نقلها أو تزوجه عليها (قوله متى نقلها الخ) جواب متى محذوف أى فهى طالق ، وقوله وأبرأته بالواو العاطفة على قوله نقلها أو تزوج عليها (قوله فلو دفع لها الكل) أى كل الدين المعبر عنه بقوله من كذا أو كل باقى الصداق (قوله هل تبطل) أى اليمين المذكور ، ووجه التوقف أن الطلاق معلق على شرطين وهما النقل والإبراء أو التزوج والإبراء فإذا وجد أحدهما فلا بد من وجود الآخر وهو الإبراء مع أن المبرأ عنه قد دفعه لها (قوله لتصريحهم الخ) قال فى الأشباه : الإبراء بعد قضاء الدين صحيح لأن الساقط بالقضاء المطالبة لا أصل الدين فيرجع المديون بما أداه إذا أبرأه براءة إسقاط وإذا أبرأه براءة استيفاء فلا رجوع .

واختلفوا فيما إذا أطلقها . وعلى هذا لو علق طلاقها بابرائها عن المهر ثم دفعه لها لايبطل التعليق ، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع ورجع عليها اه .

والحاصل أن الدين وصف فى ذمة المديون والدين يقضى بمثله أى إذا أوفى ماعليه لغريمه ثبت له على غريمه مثل ما لغريمه عليه فتسقط المطالبة ، فإذا أبرأه غريمه براءة إسقاط سقط مابذمته لغريمه فتثبت له مطالبة غريمه

حلف بالله أنه لم يدخل هذه الدار اليوم ثم قال عبده حر إن لم يكن دخل لا كفارة ولا يعتق عبده ، إما لصدقه أو لأنها غموس ، ولا مدخل للقضاء فى اليمين بالله حتى لو كانت يمينه الأولى بعتق أو طلاق حنث فى اليمين لدخولها فى القضاء .

أخذت من ماله درهما فاشترت به لحما وخلطه اللحام بدراهمه وقال زوجها إن لم ترديه اليوم فأنت كذا فحيلته أن تأخذ كيس اللحام وتسلمه للزوج قبل مضى اليوم وإلا حنث ، ولو ضاع من اللحام فما لم يعلم أنه أذيب أو سقط فى البحر لا يحنث .

حلف إن لم أكن اليوم فى العالم أو فى هذه الدنيا فكذا يحبس ولو فى بيت حتى يمضى اليوم ، ولو حلف إن لم يخرب بيت فلان غدا فقيد ومنع حتى مضى الغد حنث ، وكذا إن لم أخرج من هذا المنزل فكذا فقيد ، أو إن لم أذهب بك إلى منزلى فأخذها فهربت منه ، أو إن لم تحضرى الليلة منزلى فكذا فمنعها أبوها حنث فى المختار ،

بما أوفاه ، فقد صحت البراءة بعد الدفع ، فلا تبطل اليمين بل يتوقف الوقوع على البراءة ، بخلاف ما إذا أبرأه براءة استيفاء لأنها بمعنى إقراره باستيفاء دينه وبأنه لا مطالبة له عليه فلا يرجع عليه المدون لعدم سقوط ما بذمته بذلك . وأما لو أطلق فينبغى فى زماننا حملها على الاستيفاء لعدم فهمهم غيرها (قوله حلف بالله أنه لم يدخل) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها لا يدخل . والصواب الأول ، لأنه على الثانى تكون اليمين منعقدة لكونها على المستقبل . وفرض المسألة فيما إذا كانت على الماضى لتناقض اليمين الثانية .

ففى البحر عن المحيط من باب الأيمان التى يكذب بعضها بعضا : حلف بالله تعالى أنه لم يدخل هذه الدار اليوم ثم قال عبده حر إن لم يكن دخلها اليوم لا كفارة ولا يعتق عبده ، لأنه إن كان صادقا فى اليمين بالله تعالى لم يحنث ولا كفارة وإن كان كاذبا فهى يمين الغموس فلا توجب الكفارة ، واليمين بالله تعالى لا مدخل لها فى القضاء فلم يصر فيها مكذبا شرعا ، فلم يتحقق شرط الحنث فى اليمين بالعتق وهو عدم الدخول ؛ حتى لو كانت اليمين الأولى بعتق أو طلاق حنث فى اليمينين ، لأن لها مدخلا فى القضاء اهـ (قوله حنث فى اليمينين) لأنه بكل زعم الحنث فى الأخرى كما يأتى فى باب عتق البعض اهـ ح (قوله ولو ضاع من اللحام الخ) هذا نقله فى البحر عن الخانية فى اليمين المطلقة عن ذكر اليوم ، ثم قال : ومفهومه أنه إذا لم يمكن رده فإنه يحنث ، فعلم به أن قولهم يشترط لبقاء اليمين إمكان البر إنما هو فى المقيدة بالوقت فعدمه مبطل لها أما المطلقة فعدمه موجب للحنث اهـ .

وحاصله أنه إذا كانت اليمين مقيدة بالوقت يحنث بمضيه إلا إذا عجزت عن رده بأن ضاع أو أذيب أما لو كانت مطلقة فلا يحنث وإن ضاع مادام حيين لإمكان وجدانه أما لو مات أحدهما أو علم أنه أذيب أو سقط فى البحر فإنه يحنث لتعذر الرد ، وبه تعلم ما فى كلام الشارح (قوله إن لم أكن الخ) كذا فى البحر عن الصيرفية ، وقد راجعت عبارة الصيرفية فرأيت فيها أن أكن بدون لم وهو الصواب (قوله يحبس الخ) سواء حبسه القاضى أو الوالى لأن الحبس يسمى نفيا قال تعالى — أو ينفوا من الأرض — بحر عن الصيرفية أى فإن الآية محمولة عندنا على الحبس .

مطلب المحبوس ليس فى الدنيا

ورأيت فى بعض الكتب أن الوزير ابن مقلة لما حبسه الراضى بالله سنة اثنتين وعشرين وثلثمائة أنشد قوله :

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها   فلسنا من الموتى نعدّ ولا الأحيا

إذا جاءنا السجان يوما لحاجة   فرحنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

بخلاف لا أسكن فأغلق الباب أو قيد لايحنث فى المختار .

قلت قال ابن الشحنة : والأصل أنه متى عجز عن شرط الحنث حنث فى العدمى لا الوجودى . قال فى النهر

(قوله لايحنث فى المختار) لأنه مسكن لاساكن ، وشرط الحنث هو السكنى ، وإنما تكون السكنى بفعله إذا كان باختياره ، بخلاف إن لم أخرج ونحوه لأن الشرط الحنث عدم الفعل والعدم يتحقق بدون الاختيار أفاده فى الذخيرة . وأفاده أيضا أن الخلاف فيما إذا أغلق الباب لافيما إذا منع بقيد ، ومثله فى البحر وصرح به فى البزازية .

وحاصله أنه لوكان المنع حسيا لا يحنث بلا خلاف ولو كان بغيره لايحنث أيضا فى المختار ، وقيل لايحنث .

مطلب الأصل أن شرط الحنث إن كان عدميا وعجز يحنث

(قوله والأصل الخ) عبارة ابن الشحنة والأصل أن شرط الحنث إن كان عدميا وعجز عن مباشرته فالمختار الحنث ، وإن كان وجوديا وعجز فالمختار عدم الحنث اهـ .

قلت : والظاهر أن الضمير فى قوله مباشرته يعود إلى شرط البر لاشرط الحنث ، لأن العجز عن الشىء فرع عن تطلبه والحالف إنما يطلب شرط البر فيحصله أو يعجز عنه فكان على الشارح أن يقول متى عجز عن شرط البر فافهم .

هذا ، وقد استشكل فى البحر فرعين : أحدهما مسألة العسس المارة ، والثانى مافى القنية إن لم أعمل هذه السنة فى المزارعة بتمامها فمرض ولم يتم حنث ، ولو حبسه السلطان لايحنث اهـ قال : فإن الشرط فيهما العدم وقد أثر فيه الحبس اهـ .

قلت : أما مسألة العسس فقد مر الجواب عنها ، وأما مسألة القنية فالظاهر أنها مبنية على خلاف المختار ، وهو عدم الحنث فيما إذا كان المنع غير حسى ، فلذا فرق بين المنع بالمرض والمنع بحبس السلطان ، لأن الحبس إغلاق لباب الحبس فهو منع غير حسى ، بخلاف المرض فإنه كالقيد فهو منع حسى ، لكن فى أيمان البزازية من الخامس عشر إن لم تحضرينى الليلة فكذا فقيدت ومنعت منعا حسيا ، ذكر الفضلى أنه يحنث . والأصح أنه لايحنث فقد صحح عدم الحنث فى المنع الحسى ، لكن ذكر فى الذخيرة أن المختار الحنث ولم يقيد بكونها منعت منعا حسيا ، فالظاهر أنه ترجيح لقول الفضلى ، وهو الموافق للأصل المار ، لأن الشرط هنا عدمى ويكون التفصيل بين المنع الحسى وغيره خاصا فيما إذا كان الشرط وجوديا ، ويكون مافى القنية والبزازية مبنيا على إجرائه فى العدمى أيضا والله أعلم .

[تنبيه] اعلم أنهم صرحوا بأن فوات المحل يبطل اليمين ، وبأن العجز عن فعل المحلوف عليه يبطلها أيضا لوموقتة لالو مطلقة ، وبأن إمكان تصور البر شرط لانعقادها فى الابتداء مطلقا وشرط لبقائها لوموقتة ، وعلى هذا فقولهم فى ليشربن ماء هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه لايحنث . وجهه أنها لم تنعقد لعدم إمكان البر ابتداء ، وفيما لوكان فيه ماء فصب تبطل لعدم إمكان البر بعد انعقادها ، والعجز فيه ناشىء عن فوات المحل ، وفى إن لم أخرج ونحوه فقيد ومنع يحنث ، لأن العجز لم ينشأ عن فوات المحل ، لأن المحل فيه هو الحالف أو المرأة ونحو ذلك ، وهو موجود ، بخلاف الماء الذى صب ، فإذا لم يخرج تحقق شرط الحنث لبقاء المحل ، وإن عجز حقيقة لإمكان البر عقلا ، بأن يطلقه الحابس له كما فى قوله إن لم أمس السماء اليوم فإنه يحنث بمضيه ، لأنه وإن استحال عادة ، لكنه فى نفسه ممكن لأنه وجد من بعض الأنبياء بخلاف مالو صب الماء لأن عود الماء المحلوف عليه غير ممكن

ومفاده الحنث فيمن حلف ليؤدين اليوم دينه فعجز لفقره وفقد من يقرضه ، خلافا لما بحثه فى البحر فتدبر .

باب طلاق المريض

عنون به لأصالته، ويقال له الفارّ لفراره من إرثها، فيرد عليه قصده

أصلا وفى لا أسكن فقيد ومنع لايحنث ، لأن شرط الحنث وجودى وهو سكناه بنفسه والوجودى يمكن إعدامه بالإكراه والمنع بأن ينسب لغيره وهو المكره بالكسر ، بخلاف لايخرج لأن شرط الحنث عدمى وهو لايمكن إعدامه بالإكراه لتحققه من المكره بالفتح ، وهذا معنى قولهم الإكراه يؤثر فى الوجودى لافى العدمى ، فصار الحاصل أنه إذا كان شرط الحنث عدميا ، فإن عجز عن شرط البر بفوات محله لايحنث وإن مع بقاء المحل حنث سواء كان المانع حسيا أولا ، وكذا لوكان المانع كونه مستحيلا عادة ، كمس السماء ، وإن كان الشرط وجوديا لايحنث مطلقا ولو كان المانع غير حسى فى المختار ، هذا ماتحرر لى من كلامهم ، والله تعالى أعلم فافهم (قوله ومفاده الخ) أى لأن شرط الحنث فيه عدمى وهو عدم الأداء والمحل وهو الحالف باق ، وإذا كان يحنث فى حلفه ليمس السماء اليوم مع كون شرط البر مستحيلا عادة فحنثه هنا بالأولى ، لأن شرط البر ممكن ، بأن يغصب مالا أو يجد من يقرضه أو يرث قريبا له ونحو ذلك ، فإن ذلك ليس بأبعد من مس السماء . ولا يرد ماقيل إنه يستفاد عدم الحنث من قوله فى المنح : حلف ليقضين فلانا دينه غدا ومات أحدهما قبل مضى الغد أو قضاه قبله أو أبرأه لم تنعقد اه لأن عدم الحنث فيه لبطلان اليمين بفوت المحل ، كمالو صب مافى الكوز فإن شرط البر صار مستحيلا عقلا وعادة ، بخلاف مس السماء فإنه ممكن عقلا وإن استحال عادة ، وكذا لايرد مافى الخانية إن لم آكل هذا الرغيف اليوم فأكله غيره قبل الغروب لايحنث لأنه من فروع مسألة الكوز كما صرحوا به لفوات المحل وهو الرغيف ، وما استشهد به صاحب البحر حيث قال إن قوله فى القنية متى عجز عن المحلوف عليه واليمين مؤقتة فإنها تبطل يقتضى بطلانها فى الحادثة المذكورة اه فيه نظر ، لأن مراد القنية العجز الحقيقى كما فى مسألة الكوز وإلا ناقضه ما أطبق عليه أصحاب المتون من عدم البطلان فى لأصعدنّ السماء . ثم رأيت الرملى نقل عن فتاوى صاحب البحر أنه أفتى بالحنث فى مسألتنا مستندا إلى إمكان البر حقيقة وعادة مع الإعسار بهبة أو تصدق أو إرث اه وهو عين ماقلناه أولا ، ولله الحمد .

باب طلاق المريض

لما كان المرض من العوارض أخره (قوله عنون به لأصالته) أى اقتصر على ذكر المريض فى الترجمة مع أن قوله من غالب حاله الهلاك بمرض أوغيره صريح فى أن الحكم فى غير المريض كذلك ، ولكن الأصل فى هذا الباب المريض وغيره ممن كان فى حكمه ملحق به . وقيل المراد بالمريض من غالب حاله الهلاك مجازا فيشمل غيره (قوله لفراره من إرثها) أى ظاهرا وإن اتفق أنه لم يقصد الفرار (قوله فيرد عليه قصده) بيان لوجه توريثها منه اعتبارا بقاتل مورثه بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد ، وتمام تقريره فى الفتح . وعن هذا قال فى البحر : وقد علم من كلامهم أنه لايجوز للزوج المريض التطليق لتعلق حقها بماله إلا إذا رضيت به اه .

قال فى النهر ، وفيه نظر ، لأن الشارع حيث ردّ عليه قصده لم يكن آتيا إلا بصورة الإبطال لاحقيقته فتدبر اه.

وقد يقال : لولم يكن ذلك القصد محظورا لم يردّه عليه الشارع كقتل المورّث استعجالا لإرثه . ثم رأيت فى التاترخانية عن المنتقط قال محمد : إذا مرض الرجل وقد دخل بامرأته أكره له أن يطلقها ولو كان قبل الدخول

إلى تمام عدتها ؛ وقد يكون الفرار منها كما سيجيء :

(من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره بأن أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت) هو الأصح كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز السوقى عن الإتيان إلى دكانه . وفى حقها أن تعجز عن مصالحها داخله كما فى البزازية ، ومفاده أنها لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة .

لايكره اه(قوله إلى تمام عدتها) لأن الميراث لابد أن يكون لنسب أو سبب وهو الزوجية والعتق والزوجية تنقطع بالبينونة ، وهذا إشارة إلى خلاف مالك فى قوله بإرثها وإن مات بعد تزوجها كما يأتى (قوله كما سيجيء) أى فى قول المصنف ولو باشرت سبب الفرقة وهى مريضة الخ ط (قوله بأن أضناه مرض) أى لازمه حتى أشرف على الموت مصباح (قوله عجز به الخ) فلو قدر على إقامة مصالحه فى البيت كالوضوء والقيام إلى الخلاء لايكون فارا(١) وفسره فى الهداية بأن يكون صاحب فراش وهو أن لايقوم بحوائجه كما يعتاد الأصحاء وهذا أضيق من الأول لأن كونه ذا فراش يقتضى اعتبار العجز عن مصالحه فى البيت فلو قدر عليها فيه لايكون فارا وصححه فى الفتح حيث قال : فأما إذا أمكنه القيام بها فى البيت لا فى خارجه فالصحيح أنه صحيح اه :

أقول : ومقتضى هذا كله أنه لو كان مريضا مرضا يغلب منه الهلاك لكنه لم يعجزه من مصالحه كما يكون فى ابتداء المرض لايكون فارا . وفي نور العين. قال أبو الليث :كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضا مرض الموت بل العبرة للغلبة لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت وإن كان يخرج من البيت ،وبه كان يفتى الصدر الشهيد. ثم نقل عن صاحب المحيط أنه ذكر محمد فى الأصل مسائل تدل عن أن الشرط خوف الهلاك غالبا لا كونه صاحب فراش اه ويأتى تمامه (قوله هو الأصح) صححه الزيلعى ، وقيل من لايصلى قائما ، وقيل من لايمشى ، وقيل من يزداد مرضه ط عن القهستانى (قوله كعجز الفقيه الخ) ينبغى أن يكون المراد العجز عن نحو ذلك من الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح القريبة فى حق الكل ، إذ لو كان محترفا بحرفة شاقة ؛ كما لو كان مكاريا أو حمالا على ظهره أو دقاقا أو نجارا أو نحو ذلك مما لايمكن إقامته مع أدنى مرض وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد أو السوق لايكون مريضا وإن كانت هذه مصالحه ، وإلا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى الدكان للبيع والشراء مثلا مرضا وغير مرض بحسب اختلاف المصالح تأمل .

ثم هذا إنما يظهر أيضا فى حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض ، أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض لكبر أو لعلة فى رجليه فلا يظهر ، فينبغى اعتبار غلبة الهلاك فى حقه ،وهو مامر عن أبى الليث ، وينبغى اعتماده لما علمت من أنه كان يفتى به الصدر الشهيد وإن كلام محمد يدل عليه ولا طراده فيمن كان عاجزا قبل المرض ، ويؤيده أن من ألحق بالمريض كمن بارز رجلا ونحوه إنما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج ولأن بعض من يكون مطعونا أو به استسقاء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداع أو هزال مثلا .

وقد يوفق بين القولين ، بأنه إن علم أن به مرضا مهلكا غالبا وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر ، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح . هذا ماظهر لى :

فإن قلت : إن مرض الموت هو الذى يتصل به الموت فما فائدة تعريفه بما ذكر .

---

(١) (قوله إلى الخلاء لايكون فارا) لعل الصواب إسقاط لا حيث كان مفرعا على كلام المصنف تأمل اه .

قال فى النهر : وهو الظاهر .

قلت : وفى آخر وصايا المجتبى : المرض المعتبر المضنى المبيح لصلاته قاعدا والمقعد والمفلوج والمسلول إذا تطاول ولم يقعده فى الفراش كالصحيح ثم رمز شح : حد التطاول سنة . انتهى وفى القنية : المفلوج والمسلول والمقعد مادام يزداد كالمريض (أو بارز رجلا أقوى) منه (أو قدم ليقتل من قصاص أو رجم)

قلت : فائدته أنه قد يطول سنة فأكثر كما يأتى فلا يسمى مرض الموت وإن اتصل به الموت . وأيضا فقد يموت المريض بسبب آخر كالقتل فلابد من حد فاصل تبتنى عليه الأحكام (قوله قال فى النهر وهو الظاهر) ردّ على قوله فى الفتح : أما المرأة فإن لم يمكنها الصعود إلى السطح فهى مريضة فإنه يقتضى أنها لو عجزت عنه لا عما دونه كالطبخ تكون مريضة مع أنه خلاف مافى الملتقى وغيره من اعتبار عدم قدرتها على القيام بمصالح بيتها تأمل (قوله المرض) مبتدأ والمعتبر صفته والمضنى خبره وقد علمت أن هذا القول مقابل الأصح (قوله والمقعد) هو الذى لاحراك به من داء فى جسده كأنّ الداء أقعده ، وعند الاطباء هو الزمن . وبعضهم فرق وقال : المقعد المتشنج الأعضاء . والزمن الذى طال مرضه مغرب (قوله ولم يقعده فى الفراش) احترازا عما إذا تطاول ثم تغير حاله فإنه إذا مات من ذلك التغير يعتبر تصرفه من الثلث كما فى الخلاصة (قوله ثم رمز شح) أى شين وحاء وهو رمز لشمس الأئمة الحلوانى .

وفى الهندية عن التمرتاشى : وفسر أصحابنا التطاول بالسنة ، فإذا بقى على هذه العلة سنة فتصرفه بعدها كتصرفه فى حال صحته اه أى مالم يتغير حاله كما علمت (قوله وفى القنية الخ) قال ح : أخذا مما تقدم عن الهندية أن هذا لاينافى ماقبله ، لأن ازدياده إلى السنة فقط اه ولا يخفى مافيه .

وفى الهندية أيضا : المقعد والمفلوج مادام يزداد مابه كالمريض ، فإن صار قديما ولم يزد فهو كالصحيح فى الطلاق وغيره كذا فى الكافى ، وبه أخذ بعض المشايخ ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد حسام الأئمة والصدر الكبير برهان الأئمة ، وفسر أصحابنا إلى آخر مامر .

قلت : وحاصله أنه إن صار قديما بأن تطاول سنة ولم يحصل فيه ازدياد فهو صحيح ، أما لو مات حالة الازدياد الواقع قبل التطاول أو بعده فهو مريض (قوله أو بارز رجلا أقوى منه) بيان الحكم الصحيح الملحق بالمريض هنا ، وهو من كان غالب حاله الهلاك كما فى النهاية وغيرها . والأولى أن يقال من يخاف عليه الهلاك غالبا على أن غالبا متعلق بالخوف وإن لم يكن مواقع غلبة الهلاك ، فإن فى المبارزة لايكون الهلاك غالبا إلا أن يبرز لمن علم أنه ليس من أقرانه ، بخلاف غلبة خوف الهلاك كذا فى البحر ، ومثله فى الفتح . ومقتضاه أن الأولى ترك التقييد بكونه أقوى منه ، ولذا لم يقيد به فى الكنز وغيره بناء على أن المعتبر غلبة خوف الهلاك لاغلبة الهلاك ، فإن من خرج عن صف القتال وبارز رجلا يغلب عليه خوف الهلاك ، وإن لم يكن الرجل أقوى منه ولا يغلب عليه الهلاك ، إلا إذا علم أنه أقوى منه ، فما جرى عليه المصنف مبنى على مافى النهاية من أن المعتبر غلبة الهلاك ، وعليه جرى فى النهر وقال : ولذا قيد بعضهم المسألة بما إذا علم أن المبارز ليس من أقرانه بل أقوى منه اه .

وبما قررناه علم أن مافى المتن مخالف لما اختاره فى البحر تبعا للفتح فافهم ، ويؤيد مافى الفتح ماذكره فى معراج الدراية من كتاب الوصايا : لو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما مكافئة للأخرى أو مقهورة فهو فى حكم مرض الموت ، وإن لم يختلطوا فلا اه فإنه يدل على أن المكافأة تكفى (قوله من قصاص أو رجم) وكذا لو قدمه ظالم

أو بقى على لوح من السفينة أو افترسه سبع وبقى فى فيه (فارٌّ بالطلاق) خبر من ، و (لايصح تبرعه إلا من الثلث ؛ فلو أبانها) وهى من أهل الميراث علم بأهليتها أم لا ، كأن أسلمت أو أعتقت ولم يعلم (طائعا) بلا رضاها ، فلو أكره أو رضيت لم ترث ولو أكرهت على رضاها

ليقتله قهستانى (قوله أو بقى على لوح من السفينة) يوهم أن انكسار السفينة شرط لكونه فارا وليس كذلك ؛ فقد قال فى المبسوط : فإن تلاطمت الأمواج وخيف الغرق فهو كالمريض ، وكذا فى البدائع ، وقيده الإسبيجابى بأن يموت من ذلك الموج ، أما لو سكن ثم مات لاترث اه بحر .

قلت : وهذا شرط فى المبارزة وغيرها أيضا كما يأتى (قوله وبقى فى فيه) أما لو تركه فهو كالصحيح مالم يجرحه جرحا يخاف منه الهلاك غالبا كما يفهم مما مر (قوله فار بالطلاق) أى هارب من توريثها من ماله بسبب الطلاق فى هذه الحالة (قوله خبر من) أى خبر من الموصولة فى قوله من غالب حالة الهلاك الخ (قوله ولا يصح تبرعه إلا من الثلث) أى كوقفه ومحاباته وتزوجه بأكثر من مهر المثل ط .

واستفيد من هذا أن المرض فى حق الوصية والفرار لايختلف ط ، والمراد بقوله تبرعه : أى الأجنبى ، فلو لوارث لم يصح أصلا (قوله فلو أبانها) أى بواحدة أو أكثر ولم يقل أو طلقها رجعيا كما قال فى الكنز لما قال فى النهر وعندى أنه كان ينبغى حذف الرجعى من هذا الباب لأنها فيه ترث ، ولو طلقها فى الصحة مابقيت العدة ، بخلاف البائن فإنها لاترثه إلا إذا كان فى المرض . وقد أحسن القدورى فى اقتصاره على البائن ، ولم أر من نبه على هذا اه قال ط والطلاق ليس بقيد ، بل كذلك لو أبانها بخيار بلوغه أو تقبيله أمها أو بنتها أورده كما فى البدائع ، وكأنه كنى به عن كل فرقة جاءت من قبله حموى اه لكن هذا فى قول الكنز طلقها أما قول المصنف أبانها لايحتاج إلى دعوى الكناية (قوله وهى من أهل الميراث) أى من وقت الطلاق إلى وقت الموت كما سيوضحه الشارح (قوله علم بأهليتها أم لا الخ) هذا كله سيأتى متنا وشرحا ، وأشار إلى أن الأولى ذكره هنا (قوله فلو أكره) محترز قوله طائعا : أى لو أكره على طلاقها البائن لاترث ، وهذا لو كان الإكراه بوعيد تلف ، فلو كان بحبس أو قيد يصير فارا كما فى الهندية عن العتابية .

ثم إنه ذكر فى جامع الفصولين أنه لارواية لهذه المسألة فى الكتب . وذكر فيها عن المشايخ قولين : الأول أنها ترث ، لأن الإكراه لايؤثر فى الطلاق بدليل وقوع طلاق المكره . والثانى أنه ينبغى أن لا ترث للجبر ، إذ لو أكره على قتل مورثه يرثه ولا يرثه المكره أى بالكسر لو وارثا ولو لم يوجد منه القتل اه . واستظهر الرحمتى الأول لتعلق حقها فى إرثه بمرضه ولم يوجد منها مايبطله إلا إذا كانت هى التى أكرهته على الطلاق ، ويؤيده أنه لو جامعها ابنه مكرهة ورثت مع أن الفرقة ليست باختيارهما اه .

قلت : الظاهر ترجيح الثانى ، ولذا جزم به الشارح تبعا للبحر ، لأن إرث من أبانها فى مرضه لرد قصده عليه وهو فراره من إرثها ، ومع الإكراه لم يظهر منه فرار فيعمل الطلاق عمله فلا ترثه كما أن علة عدم إرث القاتل لمورثه قصده تعجيل الميراث فيرد قصده عليه ، وإذا كان مكرها لم يظهر هذا القصد فيرثه مع أن القتل محظور عليه ، بخلاف الطلاق فإنه مع الإكراه غير محظور ، وقوله أو جامعها ابنه مكرهة ورثت صوابه لم ترث كما يأتى التنبيه عليه فهو مؤيد لما قلنا (قوله أو رضيت) محترز قوله بلا رضاها : أى كأن خالعت ، وفى حكمه كل فرقة وقعت من قبلها كاختيار امرأة العنين نفسها قهستانى ط (قوله ولو أكرهت على رضاها) أى على مفيد رضاها

أو جامعها ابنه مكرهة ورثت (وهو كذلك) بذلك الحال (ومات) فيه ، فلو صح ثم مات فى عدتها لم ترث (بذلك السبب) موته (أو بغيره) كان يقتل المريض أو يموت بجهة أخرى فى العدة للمدخولة (ورثت هي) منه لاهو منها لرضاه بإسقاط حقه .

كسؤالها الطلاق ، ولو قال على سؤالها الطلاق كما قال غيره لكان أولى ط (قوله أو جامعها ابنه مكرهة) بحث لصاحب النهر وأقره الحموى عليه . ويخالفه مافى البحر عن البدائع : الفرقة لو وقعت بتقبيل ابن الزوج لاترث مطاوعة كانت أو مكرهة ، أما الأول فلرضاها بإبطال حقها ، وأما الثانى فلم يوجد من الزوج إبطال حقها المتعلق بالإرث لوقوع الفرقة بفعل غيره اه والجماع كالتقبيل فى حرمة المصاهرة ، وليس لنا إلا اتباع النص ط .

قلت : وفى جامع الفصولين أيضا : جامعها ابن مريض مكرهة لم ترثه إلا إن أمره الأب بذلك فينتقل فعل الإبن إلى الأب فى حق الفرقة فيصير فارا اه ومثله فى الذخيرة معزيا للأصل ، وكذا فى الولوالجية والهندية ، وللرحمتى هنا كلام مصادم للمنقول فهو غير مقبول (قوله بذلك الحال) بدل من قوله كذلك ، والمراد به حال غلبة الهلاك من مرض ونحوه . واحترز به عما إذا طلق فى الصحة ثم مرض ومات وهى فى العدة لاترث منه بحر : أى إذا كان الطلاق رجعيا فإنها ترثه ، وكذا يرثها لو ماتت فى العدة جامع الفصولين .

وفيه : قال فى مرضه : قد كنت أبنتك فى صحتى أو تزوجتك بلا شهود أو بيننا رضاع قبل النكاح أو تزوجتك فى العدة وأنكرت المرأة ذلك بانت منه وترثه لا لو صدقته (قوله فلو صح) الأولى فلو زال ذلك الحال اه ح أى ليعم مالو عاد المبارز إلى الصف أو أعيد المخرج للقتل إلى الحبس أو سكن الموج ثم مات فهو كالمريض إذا برئ من مرضه كما فى البدائع ، وعزاه إليها فى الفتاوى الهندية ويؤيده ماقدمناه عن الإسبيجابى من التصريح بأنه لوسكن الموج ثم مات لاترث ، لكن فى الفتح : ولو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمريض ترثه لأنه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالى بكونه بغيره اه ومثله فى معراج الدراية بدون تعليل ، وتبعه فى البحر والنهر ، وهو مشكل لأنه يلزم عليه أن المريض لو صح ثم مات أن ترثه لصدق التعليل المذكور عليه مع أنه خلاف ماأطبقوا عليه من اشتراطهم موته فى ذلك الوجه : أى الوجه الذى هو حالة غلبة الهلاك ، ولا شك أنه بعد ماخلى سبيله أو أعيد للحبس ثم مات لم يمت فى ذلك الوجه بل مات فى غيره فى حالة لايغلب فيها الهلاك ولذا لو طلق وهو فى الحبس قبل إخراجه للقتل لم يكن فارا فكذا بعد إعادته إليه ، نعم ماذكر من التعليل إنما يصح لموته فى ذلك الوجه بسبب آخر كموت المريض بقتل وموت من أخرج للقتل بافتراس سبع ونحوه . والظاهر أن فى عبارة الفتح سقطا من قلم الناسخ ، والأصل فى العبارة فهو كالمريض إذا برئ بخلاف موته بسبب غيره فإنها ترثه لأنه ظهر فراره الخ فليتأمل (قوله بذلك السبب) متعلق بقوله ومات ، لكن زيادة الشارح قوله موته اقتضت إعرابه خبرا مقدما وموته مبتدأ مؤخرا ولا حاجة إلى هذه الزيادة وقد سقطت من بعض النسخ (قوله فى العدة) والقول لها فى أنه مات قبل انقضاء العدة مع اليمين ، فإن نكلت فلا إرث لها ، ولو تزوجت قبل موته ثم قالت لم تنقض عدتى لايقبل قولها ، ولو كانت أمة فأعتقت ومات الزوج فادعت العتق فى حياته وادعت الورثة أنه بعد موته فالقول لهم ولا يعتبر قول المولى ، كما إذا ادعت أنها أسلمت فى حياته وقالت الورثة بعد موته فالقول لهم ، وتمامه فى البحر عن الخانية (قوله للمدخولة) أى المدخول بها حقيقة أعنى الموطوءة ليخرج المختلى بها فإنها وإن وجبت عليها العدة لكنها لاترث كما مر فى باب المهر فى الفرق بين الخلوة والدخول أفاده ط فافهم (قوله لاهو منها) أى لو أبانها فى مرضه فماتت هى قبل انقضاء عدتها لايرث منها بخلاف مالو طلقها رجعيا كما يأتى

وعند أحمد ترث بعد العدة مالم تتزوج بآخر .

(وكذا) ترث (طالبة رجعية) أو طلاق فقط (طلقت) بائنا (أو ثلاثا) لأن الرجعى لايزيل النكاح حتى حل وطؤها ، ويتوارثان فى العدة مطلقا ، وتكفى أهليتها للإرث وقت الموت ، بخلاف البائن (وكذا) ترث (مبانة قبلت) أو طاوعت (ابن زوجها) لمجىء الحرمة ببينونته .

(ومن لاعنها فى مرضه أو آلى منهما مريضا كذلك) أى ترثه لما مر .

(وإن آلى فى صحته وبانت به) بالإيلاء (فى مرضه أو أبانها فى مرضه فصح فمات أو أبانها فارتدت فأسلمت فمات (لا) ترثه لأنه لابد أن يكون المرض الذى طلقها فيه مرض الموت ، فإذا صح تبين أنه لم يكن مرض الموت ، ولابد فى البائن أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الطلاق إلى وقت الموت ،حتى لو كانت كتابية أو مملوكة وقت الطلاق ثم أسلمت أو عتقت لم ترث .

(قوله وعند أحمد الخ) وعن مالك وإن تزوجت بأزواج . وعند الشافعى لاترث المختلعة والمطلقة ثلاثا وغيرهما يرث ، لأن الكنايات عنده رواجع در منتقى (قوله وكذا ترث طالبة رجعية) أى فى مرضه كما هو الموضوع ، واحترز بالرجعية عما لو أبانها بأمرها كما يذكر (قوله أو طلاق فقط) أى بأن قالت له فى مرضه طلقنى فطلقها ثلاثا فمات فى العدة ترثه إذا صار مبتدئا فلا يبطل حقها فى الإرث ؛ كقولها طلقنى رجعية فأبانها جامع الفصولين (قوله لأن الرجعى لايزيل النكاح) أى قبل انقضاء العدة أى فلم تكن راضية بإسقاط حقها ، بخلاف مالو طلبت البائن (قوله حتى حل وطؤها) أى بدون تجديد عقد ؛ لكن إذا كان الوطء قبل المراجعة بالقول كان هو مراجعة مكروهة (قوله ويتوارثان فى العدة مطلقا) أى سواء كان طلاقه لها فى صحته أو مرضه برضاها أو بدونه كما فى البدائع فأيهما مات وهى فى العدة يرثه الآخر ، بخلاف مابعد العدة لأنه زال النكاح ، وقدمنا قريبا أن القول لها فى أنه مات قبل انقضاء العدة .

بقى هنا مسألة هى واقعة الفتوى سألت عنها ولم أرها صريحة فى رجل طلق زوجته المريضة طلاقا رجعيا ثم ماتت بعد شهرين فادعى عدم انقضاء العدة ليرث منها وادعى ورثتها انقضاءها وهى لم تقر قبل موتها بانقضائها ولم تبلغ سن اليأس ، فهل القول له أو لهم ؟ والذى يظهر لى أن القول للزوج لأن سبب الإرث وهو الزوجية كان متحققا ، لأن الرجعى لايزيله فلا يزول بالاحتمال ؛ وهى لو ادعت قبل موتها انقضاءها فى مدة تحتمله يكون القول لها لأنه لايعلم إلا من جهتها بخلاف ورثتها فتأمل (قوله بخلاف البائن) فإن فيه لابد من استمرار الأهلية من وقت الطلاق إلى وقت الموت كما يذكره قريبا (قوله وكذا ترث مبانة الخ) أى من طلقها بائنا قيد ، بها لأنه لو كانت مطلقة رجعية لاترث كما يذكره المصنف ، وكذا لو بانت بتقبيل ابن الزوج ولو مكرهة كما مر (قوله لمجىء الحرمة ببينونته) أى فكان الفرار منه (قوله ومن لاعنها فى مرضه) أطلقه فشمل مإإذا كان القذف فى الصحة أو فى المرض . وقال محمد إن كان القذف فى الصحة واللعان فى المرض لم ترث نهر (قوله أو آلى منها مريضا) أراد به أن يكون مضى المدة فى المرض أيضا بحر (قوله لما مر) أى من أن الفرقة جاءت بسبب منه . قال فى الهداية : وهذا ملحق بالتعليق بفعل لابد منه ، إذهى ملجأة إلى الخصومة لدفع العار عنها (قوله وإن آلى فى صحته الخ) وجه عدم الإرث فيها أن الإيلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى أربعة أشهر خالية عن الوقاع ،ولابد أن يكون التعليق والشرط فى مرضه وهنا وإن تمكن من إبطاله بالفىء لكن بضرر يلزمه وهو وجوب الكفارة عليه فلم يكن متمكنا بحر (قوله فمات) أى فى عدتها كما مر (قوله لأنه لابد الخ) تعليل للمسألة الثانية ط (قوله ولابد فى البائن الخ) تعليل للمسألة الثالثة أى والردة

(كما) لاترث (لو طلقها رجعيا) أو لم يطلقها (فطاوعت) أو قبلت (ابنـــه) لمجيء الفرقة منها (أو أبانها بأمرها) قيد به لأنها لو أبانت نفسها فأجاز ورثت عملا بإجازته قنية (أو اختلعت منه أو اختارت نفسها) ولو ببلوغ وعتق وجب وعنة لم ترث لرضاها .

(ولو) كان الزوج (محصورا) بحبس (أو فى صف القتال)

تقطع أهلية الإرث ط (قوله أو لم يطلقها) أى لافرق بين الطلاق الرجعى وعدم الطلاق أصلا (قوله فطاوعت) المطاوعة ليست بقيد ، إذلو كانت مكرهة لا ترث أيضا لأنه لم يوجد من الزوج إبطال حقها كما فى البحر عن البدائع لكن لو أمره أبوه بذلك ورثت كما قدمناه (قوله لمجىء الفرقة منها) أى فكانت راضية بإسقاط حقها (قوله أو أبانها بأمرها) يصدق بما إذا سألته واحدة بائنة فطلقها ثلاثا ، فقوله فى البحر لم أر حكمه أى صريحا ، ثم قال كما يوجد فى بعض نسخ البحر : وينبغى أن لا ميراث لها لرضاها بالبائن اه (قوله عملا بإجازته) لأنها هى المبطلة للإرث .

واعترضه فى النهر بأن هذا لايجدى نفعا فيما إذا كان الطلاق فى مرضه ، إذ دليل الرضا فيه قائم اه .

قلت : فيه نظر ، لأنها رضيت بطلاق موقوف غير مبطل لحقها ولا يلزم منه رضاها بما يبطله . وعبارة جامع الفصولين : وليس هذا كطلاق بسؤالها إذ لم ترض بعمل المبطل ، إذ قولها طلقت نفسى لم يكن مبطلا بل يتوقف على إجازته ، فإذا أجاز فى مرضه فكأنه أنشأ الطلاق فكان فارا اه فافهم (قوله أو اختلعت منه) قيد به ، لأنه لو خلعها أجنبى من زوجها المريض فلها الإرث لو مات فى العدة ، لأنها لم ترض بهذا الطلاق فيصير الزوج فارا بحر عن جامع الفصولين .

قلت : ومفاد التعليل أن الأجنبى لو خلعها من زوجها على مهرها وأجازت فعله ترث أيضا ، لأن إجازتها حصلت بعد البينونة فلم تؤثر فيها بل أثرت فى سقوط مهرها ، فقد ثبت الفرار قبل الإجازة فلا يرتفع بها ، فلا يصح أن يقال إنها لاترث ، لأن دليل الرضا قائم ، لأن المعتبر قيامه قبل البينونة لابعدها فافهم (قوله ولو ببلوغ الخ) أفاد أنه غير مقصور على اختيار بتفويض الطلاق .

لايقال : إن الفرقة فى خيار البلوغ تتوقف على فسخ القاضى فلم تكن بفعلها فصار كما لو أبانت نفسها فأجازه الزوج ، لأن فسخ القاضى موقوف على طلبها ذلك منه فصار كطلبها البائن من زوجها وذلك رضا ، هذا ماظهر لى (قوله لرضاها) أى لأن الفرقة وقعت باختيارها لأنها تقدر على الصبر عليه بدائع (قوله محصورا بحبس) عبارته فى الدر المنتقى فى حصن ، وكذا عبارة غيره ، والحصر وإن كان بمعنى المنع ويشمل الحبس والحصن لكن مسألة الحبس ذكرها بعد ، وقوله أو فى صف القتال احتراز عما إذا خرج عن الصف للمبارزة فإنه يكون فارا كما مر ؛ وكذا لو التحم القتال واختلط الصفان كما قدمناه عن المعراج وإنما لم يكن فارا هنا لما قالوا من أن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة أى بمن معه من المقاتلين . قال فى النهر : وإطلاقه يفيد أنه لافرق بين أن تكون فئة قليلة بالنسبة إلى الأخرى أولا ، ولم أره لهم اه .

قلت : الظاهر أنه مادام فى الصف لافرق ، أما لو اختلطوا فقد علمت مما قدمناه عن المعراج أنه فى حكم المرض إلا إذا كانت إحداهما غالبة .

[تنبيه] مثل من فى الصف من كان راكب سفينة قبل خوف الغرق أو نزل بمسبعة أو مخيف من عدو بحر .

ومثله حال فشو الطاعون أشباه (أو قائما بمصالحه خارج البيت مشتكيا) من ألم (أو محموما أو محبوسا بقصاص أو رجم لا) ترث لغلبة السلامة .

(والحامل لاتكون فارة إلا بتلبسها بالمخاض) وهو الطلق ، لأنها حينئذ كالمريضة . وعند مالك إذا تم لها ستة أشهر (إذا علق) المريض (طلاقها) البائن (بفعل أجنبى) أى غير الزوجين ولو ولدها منه (أو بمجىء الوقت و) الحال أن (التعليق والشرط فى مرضه أو) علق طلاقها (بفعل نفسه وهما فى المرض أو الشرط فقط) فيه (أو علق بفعلها ولابد لها منه)

مطلب حال فشو الطاعون هل للصحيح حكم المريض

(قوله ومثله حال فشو الطاعون) نقل فى الفتح عن الشافعية أنه فى حكم المرض وقال ولم أره لمشايخنا اه وقواعد الحنفية تقتضى أنه كالصحيح . قال الحافظ العسقلانى فى كتابه بذل الماعون : وهو الذى ذكره لى جماعة من علمائهم . وفى الأشباه : غايته أن يكون كمن فى صف القتال فلا يكون فارا اه وهو الصحيح عند مالك كما فى الدر المنتقى . قال فى الشرنبلالية : وليس مسلما إذ لا مماثلة بين من هو مع قوم يدفعون عنه فى الصف وبين من هو مع قوم هم مثله ليس لهم قوة الدفع عن أحد حال فشو الطاعون اه .

قلت : إذا دخل الطاعون محلة أو دارا يغلب على أهلها خوف الهلاك كما فى حال التحام القتال ، بخلاف المحلة أو الدار التى لم يدخلها فينبغى الجرى على هذا التفصيل ، لما علمت من أن العبرة لغلبة خوف الهلاك ، ثم لايخفى أن هذا كله فيمن لم يطعن (قوله أو محموما) عطف على مشتكيا ، وقوله أو محبوسا عطف على قائما ، ولايصح عطف محموما على قائما لأنه يلزم عليه أن لاترث منه وإن لم يقم بمصالحه خارج البيت ، لأن العطف يقتضى المغايرة .

والحاصل أن المحموم إذا كان يقدر على القيام بمصالحه لايكون مريضا وإلا فهو مريض كما يعلم من عبارة الملتقى . وأما مافى الدراية من التصريح بأن المحموم مريض فهو محمول على ما إذا عجز عن القيام بمصالحه فلا يخالف مافى الملتقى . وأما مافى النهر من دعوى المخالفة والتوفيق بحمل مافى الدراية على ما إذا جاءت نوبة الحمى ففيه نظر لأنها إذا جاءت نوبتها ولم يعجز عن القيام بمصالحه لم يكن مريضا بمنزلة الحامل التى يأخذها الطلق ثم يسكن كما يأتى قريبا (قوله لغلبة السلامة) لأن الحصن لدفع العدو ، وقد يتخلص من المسبعة والحبس بنوع من الحيل ط عن الهندية (قوله وهو الطلق) اختلف فى تفسير الطلق ، فقيل الوجع الذى لايسكن حتى تموت أو تلد ، وقيل وإن سكن لأن الوجع يسكن تارة ويهيج أخرى ، والأول أوجه بحر عن المجتبى (قوله إذا علق المريض) أى من كان مريضا عند التعليق والشرط أو عند أحدهما احترازا عما إذا كان صحيحا عند كل من التعليق والشرط ، فليس من صور المسألة فافهم (قوله البائن) قيد به ، لأن حكم الفرار لايثبت إلا به بحر ، لأن الرجعى لافرار فيه ولو نجزه فى المرض بدون رضاها كما مر (قوله بفعل أجنبى) سواء كان له منه بد أم لا بحر ، والمراد بالفعل مايعم الترك كما فى إيضاح الإصلاح ط (قوله أى غير الزوجين) دفع به مايتوهم من إرادة حقيقة الأجنبى : وهو من لاقرابة له ط (قوله أو بمجىء الوقت) المراد به التعليق بأمر سماوى : أى مالا صنع فيه للعبد ، وجعله من التعليق لأن المضاف فى معنى الشرط من حيث أن الحكم يتوقف عليه كما حققه فى البحر من باب التعليق فافهم (قوله بفعل نفسه) أى سواء كان له منه بد أولا (قوله أو الشرط فقط) أى المعلق عليه كدخول الدار مثلا فى إن دخلت الدار

طبعا أو شرعا كأكل وكلام أبوين (وهما في المرض أو الشرط) فيه فقط (ورثت) لفراره ، ومنه مافى البدائع : إن لم أطلقك أو إن لم أتزوج عليك فأنت طالق ثلاثا فلم يفعل حتى مات ورثته ، ولو ماتت هى لم يرثها .

(وفى غيرها لاترث وهو ماإذاكانا فى الصحة أو التعليق فقط أو بفعلها ولها منه بد) وحاصلها ستة عشر ، لأن التعليق إما بمجيء وقت أو بفعل أجنبى أو بفعله أو بفعلها ، وكل وجه على أربعة ، لأن التعليق والشرط

(قوله كأكل وكلام أبوين) لف ونشر مرتب ، وكالأبوين كل ذى رحم محرم كمافى الحموى عن البرجندى ط ، ومثله الصوم والصلاة وقضاء الدين واستيفاؤه نهر .

وفى التاترخانية : لو علقه على الخروج إلى منزل والديها فخرجت ترث لأنه مما لابد لها منه اهـ وينبغى تقييده بما إذا خرجت على وجه ليس له منعها منه (قوله أو الشرط فيه فقط) فيه خلاف محمد ؛ فعنده إذاكان التعليق فىالصحة فلا ميراث لها مطلقا . قال فى البحر : وصححوا قول محمد ، ونقل فى النهر تصحيحه عن فخر الإسلام (قوله ورثت لفراره) أما إذاكان التعليق بفعل أجنبى أو بمجيء الوقت ووجدا فىالمرض فلأن القصد إلى الفرار قد تحقق بمباشرة التعليق فى حال تعلق حقها بماله ، ولذا لوكان الموجود فى المرض الشرط فقط لم ترث عندنا خلافا لزفر ، وأما إذاكان بفعل نفسه وكانا فى المرض أوالشرط فيه فقط فلأنه قصد إبطال حقها بالتعليق والشرط أو بالشرط وحده واضطراره لايبطل حق غيره كإتلاف مال الغير حالة الاضطرار . وأما إذا كان بفعلها الذى لابد لها منه وكان الشرط فى المرض فلأنها مضطرة فى المباشرة لخوف الهلاك فى الدنيا أو فى العقبى نهر ملخصا (قوله ومنه) أى من الفرار وهو من قسم التعليق بفعل نفسه ، وإنما ورثته لأنه وجد الشرط وهو عدم التطليق أو عدم التزوج قبيل موته وهو وقت مرض فكان فارا وإنكان التعليق فى الصحة ، وإنما لم يرثها لرضاه بإسقاط حقه حيث أخر الشرط إلى موتها . وذكر فى البدائع أيضا أنه لو قال : إن لم آت البصرة فأنت طالق ثلاثا فلم يأتها حتى مات ورثته لما قلنا ، أما إذا ماتت هى يرثها لأنها ماتت وهى زوجته لعدم شرط الوقوع ؛ لجواز أن يأتى البصرة بعد موتها اهـ أى بخلاف تطليقها وتزوجه عليها فإنه لايمكن بعد موتها .

[تنبيه] تقييد الشارح الطلاق بكونه ثلاثا غير لازم فى مسألة موتها لأنه لوكان رجعيا وحكمنا بالوقوع فى آخر جزء من أجزاء حياتها وهو الجزء الذى يعقبه الموت يكون الواقع به بائنا ، لعدم إمكان العدة ، كمن لم يدخل بها كما قدمناه عن الفتح فى باب الصريح عند قوله إن لم أطلقك فأنت طالق (قوله أو التعليق فقط) أى التعليق بفعل أجنبى أو بمجيء الوقت كما فى البحر وهو المفهوم من المتن فيما مر ، فالتعليق هنا لايحمل على عمومه حتى يشمل فعل نفسه ، لأن التعليق به إذا وجد فى الصحة فقط أى ووجد الشرط فى المرض ورثت منه ، وقد صرح به المتن فلايصح دخوله فى العموم كذا بخط السائحانى فافهم (قوله أو بفعلها ولها منه بد) أى مطلقا سواءكان التعليق والشرط فى المرض أو أحدهما ، أولا ولا . قال فى التبيين : وفى غيرها أى فى غير هذه الصور التى ذكرناهالاترث وهو ماإذاكان التعليق والشرط فى الصحة فى الوجوه كلها ، أوكان التعليق فى الصحة فيما إذا علقه بفعل الأجنبى أو بمجيء الوقت ، أو كيفماكان إذا علقه بفعلها الذىلها منه بد فإنها لاترث فى هذه الصورة كلها اهـ ح (قوله وحاصلها ستة عشر) يمكن بسطها إلى ثمانية وعشرين، لأنه إذا علقه على فعله أو فعلها أو فعل أجنبى فالفعل إما منه بد أولا ، فهذه ستة تضرب فى أوجه الشرط والتعليق الأربعة فتبلغ أربعة وعشرين ، وفى تعليقه على الوقت أربع صور فتبلغ ثمانية وعشرين ، لكن فى فعله أو فعل الأجنبى لافرق بين مامنه بد أولا ، بخلاف فعلها كما علمت . ثم لايخفى أن كون كل من التعليق والشرط فىالصحة لادخل له فى طلاق المريض ولذا لم يذكره فى البحر ، فالمناسب إسقاطه

إما فى الصحة أو المرض أو أحدهما ، وقد علم حكمها .

(قال لها فى صحته إن شئت) أنا (وفلان فأنت طالق ثلاثا ثم مرض فشاء الزوج والأجنبي الطلاق معا أو شاء الزوج ثم الأجنبي ثم مات الزوج لاترث ، وإن شاء الأجنبي أولا ثم الزوج ورثت) كذا فى الخانية ، والفرق لايخفى إذ بمشيئة الأجنبي أولا صار الطلاق معلقا على فعله فقط .

(تصادقا) أى المريض مرض الموت والزوجة (على ثلاث فى الصحة و) على (مضى العدة ثم أقر لها بدين) أو عين (أو أوصى لها بشيء فلها الأقل منه) أى مما أقر أو أوصى (ومن الميراث) للتهمة وتعتد من وقت إقراره به يفتى .

وتكون الصور إحدى وعشرين (قوله أو أحدهما) بالنصب أو الرفع عطفا على اسم إن أى أو أحدهما فى أحد المذكورين بأن يكون التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أو بالعكس (قوله قال لها فى صحته) أما إذا كان هذا التعليق فى المرض ورثت فى جميع الصور لأنه من التعليق بفعل الأجنبي وفعله ، وقد تقدم مايدل عليه من الصور السابقة ط (قوله والفرق لايخفى) قال فى البحر : وحاصله أن الطلاق تعلق على مشيئتهما فإذا شاءآ معا لم يكن الزوج تمام العلة فلا يكون فارا ؛ بخلاف ماإذا تأخرت مشيئة الزوج لأنه حينئذ تمت العلة به اه أى فيكون من التعليق بفعله فيكفى فيه كون الشرط فقط فى المرض ، بخلاف الوجهين الأولين فإنهما من قبيل التعليق بفعل الأجنبي ، فلابد فيه من كون التعليق والشرط فى المرض ، والفرض أن التعليق فى الصحة (قوله وعلى مضى العدة) قيد به ليظهر خلاف الصاحبين حيث قالا بجواز إقراره ووصيته لانتفاء التهمة بانتفاء العدة كمافى التبيين ، فيفهم منه أنه لوتصادقا على الثلاث فى الصحة ولم يتصادقا على انقضاء العدة يكون لها الأقل اتفاقا اه ح (قوله فلها الأقل منه ومن الميراث)من فى الموضعين بيان للأقل والواو بمعنى أو،وصلة الأقل محذوفة تقديرها من الآخر. والمعنى فلها الموصى به الذى هو أقل من الميراث أو الميراث الذى هو أقل من الموصى به ،ولا يجوز أن تكون الواو للجمع ،إذ يصير المعنى حينئذ فلها الميراث والموصى به اللذان هما الأقل وهو فاسد كمالايجوز أن تكون فى الموضعين صلة الأقل سواء كانت الواو للجمع أو بمعنى أو إذ يصير المعنى على الأول فلها الأقل من كل واحد منهما . وعلى الثانى فلها الأقل من أحدهما وكلاهما فاسد اه ح أى لأنه يصير الأقل شيئا خارجا عن الميراث والموصى به مع أن المراد بالأقل واحد منهما هو الأقل من الآخر(قوله للتهمة)أى تهمة مواضعة الزوجين على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليعطيها الزوج زيادة على ميراثها ، وهذه التهمة فى الزيادة فقط فرددناها وقالا بجواز الإقرار والوصيه لأنها صارت أجنبية عنه لعدم العدة ، بدليل قبول شهادته لها ، ودفع زكاته لها وتزوجها بآخر. والجواب أنه لامواضعه عادة فى حق الزكاة والشهادة والتزوج فلاتهمة بحر ملخصا عن الهداية وشروحها (قوله وتعتد من وقت إقراره الخ) كذا ذكر فى الهداية والخانية فى باب العدة أن الفتوى عليه ، وحينئذ فلايثبت شيء من هذه الأحكام المذكورة آنفا ولا تزوجه بأختها وأربع سواها وهو خلاف ماصرحوا به هنا ، وبه اندفع مافى غاية السروجى من أنه ينبغى تحكيم الحال فإن كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته فى مرضه فهو دليل عدم المواضعة فلا تهمة وإلا فلاتصح للتهمة بحر ملخصا ، وأقره فى النهر .

وحاصله أن ماقرروه هنا من قبول شهادته لها ونحوه من الأحكام يقتضى أن ابتداء العدة يستند إلى وقت الطلاق وماصححوه فى باب العدة من وجوبها من وقت الإقرار يقتضى انتفاء هذه الأحكام .

أقول : لايخفى أن العدة إنما تجب من وقت الطلاق وإذا أقر الزوجان بمضيها صدقا فيما لاتهمة فيه ، ولذا صرحوا

ولو مات بعد مضيها فلها جميع ماأقر أو أوصى عمادية ؛ ولو لم يكن بمرض موته صح إقراره ووصيته ، ولو كذبته لم يصح إقراره شرح المجمع :

وفى الفصول : ادعت عليه مريضا أنه أبانها فجحد وحلفه القاضى فحلف ثم صدقته ومات ترثه لو صدقته قبل موته لالو بعده

بأنه لاتجب لها نفقة ولاسكنى عملا بتصديقهاله ، والشهادة ونحوها مما مر لاتهمة فيها إذ لامواضعة عادة فيها كما تقدم ، بخلاف الوصية بما زاد على قدر الميراث فلم يصدقا فى حقها عند أبى حنيفة ، وقدر أن العدة لم تنقض لإبطال الزيادة لأنها موضع تهمة فليس المراد عدم انقضاء العدة فى سائر الأحكام بل فى موضع التهمة فقط ، وبه علم أن كلا من القول باعتبارها من وقت الطلاق والقول باعتبارها من وقت الإقرار ليس على عمومه ، ولذا قال فى فتح القدير فى باب العدة : إن فتوى المتأخرين أى بوجوبها من وقت الإقرار مخالفة للأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين ، وحيث كانت مخالفتهم للتهمة فينبغى أن يتحرى به محالها والناس الذين هم مظانها ، ولهذا فصل الإمام السعدى بحمل كلام محمد فى المبسوط من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق على ماإذا كانا متفرقين من الوقت الذى أسند الطلاق إليه ، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامهما ظاهر فلا يصدقان فى الإسناد . قال فى البحر هناك : وهذا هو التوفيق اهـ أى بين كلام المتقدمين والمتأخرين ، وبه ظهر صحة ماقاله السروجى من أنه ينبغى تحكيم الحال ، لكن ماقاله من أن الخصومة وترك الخدمة دليل عدم المواضعة رده فى الفتح بأنه غير ظاهر ، لأن وصيته لها بأكثر من الميراث ظاهرة فى أن تلك الخصومة حيلة ليست على حقيقتها اهـ نعم ماذكره الإمام السعدى من التفرق ظاهر فى عدم المواضعة لتصح وصيته لها وتزوجه أختها وأربعا سواها ، والله سبحانه أعلم .

[تنبيه] اعلم أن ماتأخذه له شبه بالميراث ، فلو توى شىء من التركة قبل القسمة كان على الكل ، ولو طلبت أخذ الدراهم والتركة عروض لم يكن لها ذلك وشبه بالدين ، حتى كان للورثة أن يعطوها من غير التركة مؤاخذة لها بزعمها أن ماتأخذه دين كذا أفاده فى فتح القدير والبحر وغيرهما (قوله بعد مضيها) أى مضى العدة من وقت الإقرار (قوله فلها جميع ما أقر أو أوصى) لأنها صارت أجنبية فانتفت التهمة ، ومقتضاه أن ماتأخذه لم يبق له شبه بالميراث أصلا فلا يأتى فيه مامر آنفا ، لأنها قبل مضى العدة لم تعط الزائد على الميراث للتهمة فكان ما تأخذه إرثا نظرا للورثة ووصية نظرا لزعمها فاعتبر فيه الشبهان ، وبعد مضى العدة لم تبق التهمة فلذا استحقت جميع ماأقر أو أوصى به وتمحض كونه دينا أو وصية ، وبه علم أن من ذكر الشبهين هنا تبعا لظاهر عبارة النهر لم يصب فافهم (قوله ولو لم يكن بمرض موته) الباء بمعنى فى : أى ولو لم يكن هذا التصادق فى مرض موته بأن صح منه أو كان غير مريض أصلا ثم مات فى عدتها صح إقراره ووصيته لعدم التهمة (قوله ولو كذبته) محترز قوله تصادقا ط (قوله لم يصح إقراره) أى ولا وصيته معاملة لها بزعمها أنها زوجة وهى وارثة ، ولا وصية للوارث ولا إقرار له ط وينبغى تقييده بما إذا مات فى مرضه قبل مضى عدتها من وقت الإقرار ، لأنه لما أقر بطلاقها ثلاثا بانت منه عملا بإقراره ، وإن كذبته وصار فارا فإذا صح من مرضه ثم مات فى العدة أو لم يصح ومات بعد العدة لم ترث منه فتصح وصيته وإقراره لها بالمال ، وليس تكذيبها له فى الطلاق السابق رضا بالطلاق الواقع الآن كما لايخفى هذا ماظهر لى (قوله لا لو بعده) أقول : هذا إنما يظهر لو ادعت أن الإبانة كانت فى الصحة لأن دعواها تتضمن اعترافها بأنها لا ترث معه لكونه غير فار ، أما لو ادعت أن الإبانة كانت فى ذلك المرض الذى مات فيه فلا ، لأنها ادعت

(كمن طلقت ثلاثا بأمرها فى مرضه ثم أوصى لها أو أقر) فإن لها الأقل :

(قال صحيح لامرأتيه إحداكما طالق ثم بين) الطلاق (فى مرضه) الذى مات فيه (فى إحداهما صار فارا بالبيان فترث منه) كافى ، ومفاده أنه لو حلف صحيحا وحنث مريضا فبينه فى إحداهما صار فارا ولم أره نهر.(ولا يشترط علمه) أى الزوج (بأهليتها) أى المرأة للميراث .

(فلو طلقها بائنا فى مرضه وقد كان سيدها أعتقها قبله) أو كانت كتابية فأسلمت (ولم يعلم به كان فارا)فترثه ظهيرية ، بخلاف مالو قال لأمته أنت حرة غدا وقال الزوج أنت طالق ثلاثا بعد غد ، إن علم بكلام المولى كان فارا وإلا) يعلم (لا) ترث خانية .

عليه طلاقا ترث منه غير أنها لما زعمت أنها بانت منه وجب عليها مفارقته ، فإذا ادعت عليه ذلك الواجب لايلزم منه أن تكون راضية بطلاقها كما لايخفى ، فيجب أن ترث سواء أصرت على دعواها أو صدقته قبل موته أوبعده كما لو أقر لها بما أدعت عليه ، ولم أر من تعرض لذلك ، وكأنهم سكتوا عنه لظهوره فافهم (قوله كمن طلقت الخ) جعل حكم المسألة الأولى مشبها بهذه لأنه لاخلاف فيها ، بخلاف الأولى كما علمت (قوله بأمرها) الأولى برضاها ليشمل اختيارها نفسها فى التفويض أفاده الحموى عن البرجندى ط (قوله فإن لها الأقل)أى مما أقر أو أوصى به ومن الإرث ، وهذا تصريح بوجه الشبه المفاد بالكاف (قوله قال صحيح) قيد به ليكون فراره بالبيان أمالوكان مريضا يكون فارا بذلك القول لابنفس البيان فافهم (قوله إحداكما طالق)أى ثلاثا كما فى عبارة الفتح عن الكافى وهو المراد لأن الكلام فيما يكون به فارا ولا فرار فى الرجعى (قوله فترث منه) لأنه بين الطلاق بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده ، كما لو أنشأ فجعل إنشاء فى حق الإرث للتهمة ؛ ولو ماتت إحداهما قبله ثم مات تعينت الأخرى ولم ترث ، لأنه بيان حكمى فانتفت التهمة عنه ، وتمامه فى الفتح .

قلت : وما ذكر من أنه يصير فارا بهذا البيان مؤيد للقول بأن البيان فى الطلاق المبهم إيقاع للطلاق معلقا بشرط البيان معنى : أى ينعقد سببا للحال لوقوع الطلاق عند البيان فيقع عند البيان بالكلام السابق ؛ أما على القول بأنه إيقاع للحال فى واحدة غير عين والبيان تعيين لمن وقع عليها الطلاق ، فينبغى أن لايصير فارا لأن الوقوع يكون فى حال صحته كذا فى البدائع ، وتمام الكلام على ذلك مبسوط فيه (قوله لو حلف صحيحا) أى بأن علق على فعل غيره كأن قال : إن دخل زيد داره فإحداكما طالق ثلاثا . أما لو علق على فعله صار فارا بالفعل فى مرضه لابنفس البيان ، فافهم (قوله صار فارا) يظهر لك وجهه بما ذكرناه آنفا عن البدائع (قوله ولايشترط علمه الخ) حاصله أن أهلية الزوجة للميراث شرط فى كونه فارا ، فإذا كانت أمة أو كتابية فأبانها فى مرضه لم ترث لعدم أهليتها لذلك لكن لو كانت أعتقت أو أسلمت وهو غير عالم فأبانها فى مرضه صار فارا وترثه لتحقق الشرط وقت الإبانة (قوله بعد غد) أما لو قال لها أيضا أنت طالق ثلاثا غدا يقع الطلاق والعتاق معا ولا ميراث لها ، ولو قال إذا أعتقت فأنت طالق ثلاثا كان فارا كذا فى الظهيرية أى لأن المعلق يعقب المعلق عليه فيتحقق شرط الفرار قبل وقوع الطلاق بخلاف ماقبله فإن المضافين إلى الغد وقعا معا (قوله وإلا يعلم لاترث) لأنه وقت التعليق لم يقصد إبطال حقها حيث لم يعلم وإن صارت أهلا قبل نزول الطلاق ولم تكن حرة وقت التعليق ، لأن عتقها مضاف ، بخلاف ما إذا كانت حرة وقته ولم يعلم به لأنه أمر حكمى فلا يشترط العلم به كذا فى البحر . والأظهر أن يقال : لأنه أمر ثابت تأمل .

[تنبيه] مقتضى قول المصنف كان فارا أنه يقع عليها ثلاث طلقات وإلا كان رجعيا لأنها صارت حرة ولافرار فى الرجعى فافهم .

ولو علقه بعتقها أو بمرضه أو وكله به وهو صحيح فأوقعه حال مرضه قادرا على عزله كان فارا .

(ولو باشرت) المرأة (سبب الفرقة وهى) أى والحال أنها (مريضة وماتت قبل انقضاء العدة ورثها) الزوج (كما إذا وقعت الفرقة) بينهما (باختيارها نفسها فى خيار البلوغ والعتق أو بتقبيلها) أو مطاوعتها (ابن زوجها) وهى مريضة لأنها من قبلها ولذا لم يكن طلاقا (بخلاف وقوع الفرقة) بينهما (بالجب والعنة واللعان) فإنه لايرثها (على) مافى الخانية والفتح عن الجامع وجزم به فى الكافى . قال فى البحر : فكان هو (المذهب)

ويشكل عليه مامر قبيل ألفاظ الشرط من باب التعليق أنه لو قال لزوجته الأمة إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فعتقت فدخلت له رجعتها اه ومقتضاه أن يقع هنا طلقتان ولايكون فارا وقد يجاب أخذا مما قالوا(١) فى الفرق بين الإضافة والتعليق إن المضاف ينعقد سببا للحال ، بخلاف المعلق؛ حتى لو قال أنت حر غدا لم يملك بيعه اليوم ويملكه إذا قال إذا جاء غد كما فى طلاق الأشباه والنظائر .

ففى مسألتنا لما قال لأمته أنت حرة غدا انعقد سببا للحال ، فإذا قال الزوج أنت طالق ثلاثا بعد غد انعقد سببا للطلاق بعد تحقق سبب الحرية فتطلق ثلاثا ، بخلاف مسألة التعليق فإنه وقت التعليق لا يملك أكثر من طلقتين ولم يتحقق سبب الحرية وقته فلا يقع أكثر مما يملك ، هذا غاية ما ظهر لى فتأمله (قوله ولو علقه) أى الطلاق البائن بعتقها وكان التعليق والشرط فى المرض لأنه تعليق بفعل أجنبى ط (قوله أو بمرضه) كقوله إن مرضت فأنت طالق ثلاثا يكون فارا لأنه جعل شرط الحنث المرض مطلقا والمرض المطلق هو صاحب الفراش الذى كان الموت غالبا فيه وذا مرض الموت كذا فى الولوالجية . ونقل فى البحر تصحيحه عن الخانية .

قلت : ومقتضاه أنه لو مرض قبله ثم صح منه لم تطلق لحمله المرض على المطلق أى الكامل منه وهو الذى يتصل به الموت ، فليس المراد مطلق مرض بل المراد مرض مطلق ، وبينهما فرق واضح مثل ماء مطلق ومطلق ماء فافهم (قوله أو وكل به الخ) قال فى البدائع : وقالوا فيمن فوّض طلاق امرأته إلى أجنبى فى الصحة وطلقها فى المرض إن التفويض إن كان على وجه لايملك عزله عنه بأن ملكه الطلاق لاترث ، لأنه لما لم يقدر على فسخه بعد مرضه صار الإيقاع فى المرض كالإيقاع فى الصحة ، وإن كان يمكنه عزله فلم يفعل صار كإنشاء التوكيل فى المرض فترثه (قوله ولو باشرت الخ) شروع فى كون المرأة فارة بعد بيان كون الرجل فارا ، وهذا ما أشار إليه فى أول الباب بقوله وقد يكون الفرار منها (قوله ورثها الزوج) لأنه كما تعلق حقها بماله فى مرض موته تعلق حقه بما لها فى مرض موتها بحر (قوله أو مطاوعتها ابن زوجها) احتراز عما لو أكرهها فإنه لايرثها لعدم مباشرتها سبب الفرقة ، ومثله بالأولى مالو أمر ابنه بإكراهها ، بخلاف ما إذا كان هو المريض وأمر إبنه بإكراهها فإنه يكون فارا وترثه ، وإن لم يأمره فلا كما مر (قوله وهى مريضة) قيد للفروع المذكورة صرح به ليصح اندراجها تحت الأصل المذكور ، وهو قوله ولو باشرت المرأة الخ فلا تكرار فافهم (قوله لأنها) أى الفرقة بالأسباب المذكورة ومثلها ردة المرأة كما يأتى (قوله ولذا) أى لكونها جاءت من قبلها لم تكن طلاقا بل هى فسخ ، لأن المرأة ليست أهلا للطلاق (قوله فإنه لايرثها) أى ولاترثه كما مر عند قول المصنف واختلعت منه أو اختارت نفسها : أى إذا

---

(١) (قوله وقد يجاب أخذا مما قالوا الخ) قال شيخنا : التحقيق أن التعليق و الإضافة مستويان فى عدم الانعقاد إلا عند وجود الشرط أو الوقت ، حتى يملك المولى بيع المضاف عتقه إلا إذا كانت الإضافة إلى ما بعد الموت فحينئذ يكون الإشكال باقيا .

ويمكن دفعه بأن مسألة التعليق لم يوجد فيها مايقتضى العتق قبل التعليق ، بخلاف مسألة الإضافة فإنه قد وجد فيها إضافة الطلاق قبل إضافة العتق ، فنقول ابتداء بإلغاء الطلقة الزائدة على مايملكه فى الأولى لعدم تقدم مقتضى العتق ، وفى الثانية لما وجدت الإضافة المقتضية للعتق لم نقل بإلغاء الثالثة ولو كانت مدة الإضافة لا تعمل إلا بعد وجود الوقت اه .

لأنها طلاق فكانت مضافة إليه (وقيل) قائله الزيلعي (هو كالأول) فيرثها .

(ولو ارتدت ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب . فإن كانت الردة فى المرض ورثها زوجها) استحسانا (وإلا) بأن ارتدت فى الصحة (لا) يرثها بخلاف ردته فإنها فى معنى مرض موته فترثه مطلقا .

ولو ارتدا معا ، فإن أسلمت هى ورثته وإلا لا خانية .

(قال آخر : امرأة أتزوجها طالق ثلاثا فنكح امرأة ثم أخرى ثم مات الزوج) طلقت الأخرى (عند التزوج) و (لا يصير فارا) خلافا لهما ، لأن الموت معرف واتصافه بالآخرية من وقت الشرط فيثبت مستندا درر .

كان ذلك فى مرضه ط ، لكن فى اللعان ترثه كما مر ، لأن ابتداءه من جهته (قوله لأنها طلاق) فيعتبر إيقاعا من جهته ، فلا تكون فارة لاضطرارها إلى ذلك .

أما فى اللعان فلدفع العار عنها ، وأما فى الجب والعنة فلعدم حصول الإعفاف المطلوب من النكاح فصار مثل التعليق بفعلها الذى لا بد لها منه ، بخلاف ما إذا سألته الطلاق فى مرضه فطلقها لرضاها بإسقاط حقها بلا ضرورة فلا ترثه وإن كان إيقاعا من جهته فافهم ، نعم يشكل عدم إرثها منه باختيار نفسها فى مرضه للجب والعنة ، فإن علة عدم إرثها كونها راضية كما مر ، فينافى دعوى اضطرارها . والجواب أنه ليس اضطرارا حقيقيا فلا منافاة ، ولو سلم اضطرارها حقيقة لا يلزم منه إرثها منه ، لأن إرثها منه لا يكون إلا إذا ثبت فراره ، ولم يثبت لأنه لم يضطرها إلى ذلك فهى كمن وطئها ابنه مكرهة لا ترث منه إلا إذا أمر ابنه بذلك كما مر ، فلم يلزم من اضطرارها فراره لعدم جنايته عليها ، بخلاف ما هنا فإن اضطرارها عذر فى نفى فرارها لأنه من جهتها فيؤثر فيه ، بخلاف فراره فإنه من جهته فلا يؤثر اضطرارها فيه كالمكره ، فإن اضطراره إلى قتل غيره إنما يؤثر في فعله من حيث نفى القود عنه لا فى فعل غيره وهو من أكرهه ، ويؤيد ما قلنا قوله فى الفتح لو حصلت الفرقة فى مرضه بالجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لا ترثه لرضاها بالمبطل وإن كانت مضطرة لأن سبب الاضطرار ليس من جهته فلم يكن جانيا فى الفرقة اهـ هذا ما ظهر لى فى هذا المحل فتأمله (قوله ثم ماتت أو لحقت) أى قبل انقضاء العدة ط (قوله ورثها) لأنه تبين أن قصدها الفرار ط (قوله استحسانا) والقياس أن لا يرثها لعدم جريانه بين المسلم والكافر ط (قوله لا يرثها) لأنها بانت بنفس الردة قبل أن تصير مشرفة على الهلاك وليست بالردة مشرفة عليه لأنها لا تقتل كذا فى الفتح (قوله بخلاف ردته الخ) لأنه يقتل إن استدامها ط (قوله مطلقا) أى سواء كانت فى الصحة أو المرض ط (قوله ولو ارتدا معا الخ) قال فى البحر : وإن ارتدا معا ثم أسلم أحدهما ثم مات أحدهما ، إن مات المسلم لا يرث المرتد ، وإن كان الذى مات مرتدا هو الزوج ورثته المسلمة ، وإن كانت المرتدة قد ماتت ، فإن كانت ردتها فى المرض ورثها الزوج المسلم ، وإن كانت فى الصحة لم ترث كذا فى الخانية اهـ (قوله طلقت الأخرى) زاد الشارح ذلك تبعا للدرر لإصلاح عبارة المتن ، لأنه قوله عند التزوج متعلق بقوله طلقت ، وعلى ما فى المتن متعلق بقوله مات وليس المعنى عليه ، وقوله ولا يصير فارا الواو فيه من الشرح للعطف على طلقت ، وإذا لم يصر فارا لا ترث منه ، فإن كان دخل بها فلها مهر ونصف ، فالمهر بالدخول بشبهة والنصف بالطلاق قبل الدخول ، وعدتها بالحيض بلا إحداد زيلعى من باب اليمين بالطلاق والعتاق (قوله خلافا لهما) وعندهما يقع عند الموت لأنه الوقت الذى تحققت فيه الآخرية ، ويصير فارا فترثه ، ولها مهر واحد ، وتعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق والوفاة ، وإن كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة والإحداد أفاده الزيلعى (قوله لأن الموت معرف الخ) علة لقول الإمام أى يعرف أن هذه المرأة آخر امرأة (قوله واتصافه) أى التزوج من وقت الشرط وهو التزوج ط (قوله فيثبت مستندا) أى

[فروع) أبانها فى مرضه ثم قال لها إذا تزوجتك فأنت طالق ثلاثا فتزوجها فى العدة ومات فى مرضه لم ترث لأنها فى عدة مستقبلة ، وقد حصل التزوج بفعلها فلم يكن فرارا خلافا لمحمد خانية .

كذبها الورثة بعد موته فى الطلاق فى مرضه فالقول لها كقولها طلقنى وهو نائم .

وقالوا فى اليقظة ولوالجية : طلقها فى المرض ومات بعد العدة فالمشكل من متاع البيت لوارث الزوج لصيرورتها أجنبية بخلافه فى العدة جامع الفصولين .

باب الرجعة

بالفتح وتكسر يتعدى ولا يتعدى :

(هى استدامة الملك القائم)

إلى وقت التزوج ، كما لو علق الطلاق بحيضها لم يحنث برؤية الدم لاحتمال الانقطاع ، فإذا استمر ثلاثا ظهر أنه وقع من أولها زيلعى ، ومقتضى هذا أنه لو كان وقت التزوج مريضا أن يصير فارا فترثه (قوله لم ترث الخ) بيانه أن عدتها الأولى قد بطلت بالتزوج فبطل إرثها الثابت لها بسبب الإبانة فى مرضه ، لأنها إنما ترث مادامت فى العدة وقد زالت ووجب عليها عدة مستقبلة بالطلاق الثانى كما يأتى فى العدة أن من طلق معدته قبل الوطء يجب عليها عدة مستقبلة ، ولا يمكن أن ترث بعد الطلاق الثانى ، لأن شرط وقوعه التزوج وقد حصل بفعلهما فكانت راضية بوقوع الثلاث ، وهذا عندهما . ومحمد يقول ترثه لأن عليها تمام العدة الأولى فقط فبقى حكم الفرار بالطلاق الأول لبقاء عدته رحمتى (قوله كذبها الورثة الخ) أى لو ادعت أنه أبانها فى مرض موته وأنه مات وهى فى العدة وقالت الورثة بل فى الصحة فالقول لها بيمينها لإنكارها سقوط الإرث ، لأنها تقر بطلاق لا يسقط الميراث (قوله فالمشكل من متاع البيت) هو مايصلح للرجل والمرأة أما مايصلح لأحدهما فالقول لكل فيما يصلح له . وفى المسألة تفصيل سيأتى إن شاء الله تعالى فى باب التحالف من كتاب الدعوى (قوله لصيرورتها أجنبية) أى فلم تبق ذات يد بل اليد للورثة والقول لذى اليد (قوله بخلافه فى العدة) أى بخلاف موته فى عدتها ، فإن المشكل حينئذ للمرأة عند أبى حنيفة لأنها ترث فلم تكن أجنبية فكأنه مات قبل الطلاق جامع الفصولين ، والله سبحانه أعلم :

باب الرجعة

ذكرها بعد الطلاق لأنها متأخرة عنه طبعا فكذا وضعا نهر (قوله بالفتح وتكسر) قال فى النهر : والجمهور على أن الفتح فيها أفصح من الكسر خلافا للأزهرى فى دعوى أكثرية الكسر ، ولمكى تبعا لابن دريد فى إنكار الكسر على الفقهاء (قوله يتعدى ولا يتعدى) أى يستعمل فعله متعديا بنفسه ولازما فيتعدى بإلى :

قال فى الفتح : يقال رجع إلى أهله ورجعته إليهم : أى رددته ، وقال تعالى — فإن رجعك الله إلى طائفة منهم — ويقال فى مصدره أيضا رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعة والرجعى بكسر الراء ، وربما قالوا إلى الله رجعاتك (قوله هى استدامة الملك) عبر بالاستدامة بدل الرد الذى هو معنى الرجعة لأن المتبادر منه مايكون بعد الزوال ، فينافى قوله القائم ، ولأن المراد به هنا الإبقاء ، قال تعالى — وبعولتهن أحق بردهن — قال فى الفتح : والرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد . يقال : رد البائع المبيع فى بيع الخيار للبائع اه فهذا الرد إبقاء للملك القائم : أى إدامة له وإمساك . قال تعالى — فإذا بلغن أجلهن — أى قارب البلوغ — فأمسكوهن بمعروف — قال فى النهر : والإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل ، ولذا صح الإيلاء منها والظهار واللعان ،

بلا عوض مادامت (فى العدة) أى عدة الدخول حقيقة ، إذ لارجعة فى عدة الخلوة ابن كمال .

وفى البزازية : ادعى الوطء بعد الدخول وأنكرت فله الرجعة لافي عكسه . وتصح مع إكراه وهزل ولعب وخطإ (بنحو) متعلق باستدامة (راجعتك) (ورددتك ومسكتك بلا نية لأنه صريح (و) بالفعل مع الكراهة

وتناولها قوله زوجاتى طوالق ، ولم يشترط فيها شهود ، ولم يجب عوض مالى ، حتى لو راجعها توقف لزومه على قبولها وتجعل زيادة فى مهرها . وقال أبو بكر لايصير زيادة فلا تجب ،ولو راجع الأمة على الحرة التى تزوجها بعد طلاقها صح اه (قوله بلا عوض) أى بلا اشتراط عوض ، فالمراد نفى اشتراطه لانفى وجوده لما علمت ، وإنما ذكره تأكيدا لدعوى قيام الملك ، إذ لو زال اشترط فى ردها إليه العوض (قوله أى عدة الدخول حقيقة) أى الوطء ح (قوله إذ لارجعة فى عدة الخلوة) أى ولو كان معها لمس أو نظر بشهوة ولو إلى الفرج الداخل ح ووجهه أن الأصل فى مشروعية العدة بعد الوطء تعرف براءة الرحم تحفظا عن اختلاط الأنساب ، ووجبت بعد الخلوة بلا وطء احتياطا ، وليس من الاحتياط تصحيح الرجعة فيها رحمتى (قوله ابن كمال) حيث قال فى العدة بعد الدخول لابد من هـذا القيد ، لأن العدة قد تجب بالخلوة الصحيحة بلا دخول ولا تصح فيها الرجعة اه .

قلت : وتقدم أيضا فى باب فى المهر أن الخلوة الصحيحة لاتكون كالوطء فى الرجعة اه . وإذا كان ذلك فى الخلوة الصحيحة فالفاسدة بالأولى (قوله وفى البزازية الخ) الأولى إسقاطه لأنه سيأتى متنا وشرحا ، وقوله بعد الدخول المراد به بعد الخلوة والأولى التعبير به كما عبر به فيما سيأتى (قوله وتصح مع إكراه الخ) قال فى البحر : ومن أحكامها أنها لاتصح إضافتها إلى وقت فى المستقبل ولا تعليقها بالشرط ، كما إذا قال إذا جاء غد فقد راجعتك ، أو إن دخلت الدار فقد راجعتك ، وتصح مع الإكراه والهزل واللعب والخطإ كالنكاح كذا فى البدائع ط . وفى القنية : لو أجاز مراجعة الفضولى صح ذلك بحر (قوله وهزل ولعب) فسرهما فى القاموس بضد الجد أفاده ط (قوله وخطإ) كأن أراد أن يقول إسقنى الماء فقال راجعت زوجتى (قوله بنحو راجعتك) الأولى أن يقول بالقول نحو راجعتك ليعطف عليه قوله الآتى وبالفعل ط . وهـذا بيان لركنها وهو قول أو فعل .

والأول قسمان : صريح كما مثل ، ومنه النكاح والتزويج كما يأتى ، وبدأ به لأنه لاخلاف فيه . وكناية ، مثل أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى ، فلا يصير مراجعا إلا بالنية أفاده فى البحر والنهر (قوله راجعتك) أى فى حال خطابها ، ومثله : راجعت امرأتى فى حال غيبتها وحضورها أيضا ، ومنه ارتجعتك ورجعتك فتح (قوله ورددتك ومسكتك) قال فى الفتح : وفى المحيط مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان ، وفى بعض المواضع يشترط فى رددتك ذكر الصلة فيقول إلى أو إلى نكاحى أو إلى عصمتى وهو حسن ، إذ مطلقه يستعمل لضد القبول اه (قوله وبالفعل) هذا ليس من الصريح ولا الكناية لأنهما من عوارض اللفظ فافهم ، نعم ظاهر كلامهم أن الفعل فى حكم الصريح لثبوت الرجعة به من المجنون كما يأتى (قوله مع الكراهة) الظاهر أنها تنزيهية كما يشير إليه كلام البحر فى شرح قوله والطلاق الرجعى لا يحرم الوطء رملى ، ويؤيده قوله فى الفتح عند الكلام على قول الشافعى بحرمة الوطء إنه عندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه ، إنما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها اه .

ولا يرد حرمة السفر بها ، لأن ذاك ثابت بالنص على خلاف القياس كما يأتى ، ويؤيده أيضا قوله فى الفتح :

(بكل مايوجب حرمة المصاهرة) كمس ولو منها اختلاسا أو نائما أو مكرها أو مجنونا أو معتوها إن صدقها هو أو ورثته بعد موته جوهرة ورجعة المجنون بالفعل بزازية (و) تصح (بتزوجها فى العدة) به يفتى جوهرة (وطئها فى الدبر على المعتمد) لأنه لايخلو عن مس بشهوة

والمستحب أن يراجعها بالقول فافهم (قوله بكل مايوجب حرمة المصاهرة) بدل من الفعل (١) . بدل بعض من كل ح أى لأن من الفعل مالايوجب حرمة المصاهرة كالتزوج والوطء فى الدبر ولذا عطفهما المصنف على قوله بكل ، فليس مراده الحصر بما يوجب حرمة المصاهرة فافهم ، وباعتبار هذا العطف يصح كونه بدل مفصل من مجمل (قوله كمس) أى بشهوة كما فى المنح ، ويفيده قوله بما يوجب حرمة المصاهرة ح . قال فى البحر : ودخل الوطء والتقبيل بشهوة على أى موضع كان ، فما أوخداً أو ذقنا أو جبهة أو رأسا ، والمس بلا حائل أو بحائل يجد الحرارة معه بشهوة ، والنظر إلى داخل الفرج بشهوة بأن كانت متكئة ؛ وخرج ما إذا كانت هذه الأفعال بغير شهوة أو نظر إلى داخل الفرج بشهوة ولو إلى حلقة الدبر فإنه لايكون مراجعا لـكنه مكروه كما فى الولوالجية . وفى القنية ويصير مراجعا بوقوع بصره على فرجها بشهوه من غير قصد المراجعة اه . وفى المحيط : ويكره التقبيل واللمس بغير شهوة إذا لم يرد الرجعة اه (قوله ولو منها اختلاسا) خلست الشيء خلسا من باب ضرب : اختطفته بسرعة على غفلة واختلسته كذلك مصباح .

قال فى البحر : ولا فرق بين كون التقبيل والمس والنظر بشهوة منه أو بشرط أن يصدقها سواء كان بتمكينه أو فعلته اختلاسا أو كان نائما أو مكرها أو معتوها ، أما إذا ادعته وأنكره لاتثبت الرجعة الا (قوله إن صدقها الخ) قال فى الفتح : هذا إذا صدقها الزوج فى الشهوة ، فإن أنكر لاتثبت الرجعة ، وكذا إن مات فصدقها الورثة ، ولاتقبل البينة على الشهوة لأنها غيب كذا فى الخلاصة اه .

قلت : لـكن مر فى محرمات النكاح متنا وشرحا : وإن ادعت الشهوة فى تقبيله أو تقبيلها ابنه وأنكرها الرجل فهو مصدق لاهى ، إلا أن يقوم إليها منتشرا آلته فيعانقها لقرينة كذبه أو يأخذ ثديها أو يركب معها أو يمسها على الفرج أو يقبلها على الفم اه ومقتضاه أنها لومست فرجه أو قبلته على الفم أن تصدق وإن كذبها وأنه تقبل البينة على الشهوة لأنها مما تعرف بالآثار كما صرح به هناك ، ويأتى تمامه فتأمل (قوله ورجعة المجنون بالفعل) أى إذا طلق رجعيا ثم جن . قال فى الفتح ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول ، وقيل بالعكس وقيل بهما اه وظاهره ترجيح الأول ، واقتصر عليه البزازى . قال فى البحر : ولعله الراجح لما عرف أنه مؤاخذ بأفعاله دون أقواله . وعلله فى الصيرفية بأن الرضا ليس بشرط ، ولهذا لو أكره على الرجعة بالفعل يصح اه (قوله وتصح بتزوجها) الأولى حذف تصح لأن قول المصنف وبتزوجها معطوف على قوله بكل المتعلق بقوله استدامة (قوله به يفتى) قال فى البحر : وهو ظاهر الرواية كذا فى البدائع ، وهو المختار ، كذا فى الولوالجية ، وعليه الفتوى ، كذا فى الينابيع ؛ فقول الشارحين إنه ليس برجعة عنده خلافا لمحمد على غير ظاهر الرواية كما لايخفى ، فعلم أن لفظ النكاح يستعار للرجعة ولاتستعار هى له اه ملخصا .

قلت : وفيه أنه صرح نفسه فى النكاح بأنه ينعقد بقوله لمبانته راجعتك بكذا فافهم ، إلا أن يجاب بأن مراده فى نكاح الأجنبية (قوله على المعتمد) لأن عليه الفتوى كما فى الفتح والبحر (قوله لأنه لايخلو عن مس بشهوة)

---

(١) (قول الحلبى بدل من الفعل) فيه جعل كلام المصنف بدلا من كلام الشارح إلا أن يقال لما امتزجا كانا كأنهما على كلام ط يكون قول الشارح أو قال معطوفا على قول المتن وإن أبت ، ويكون قول المحشى قوله وإن قال صوابه قوله أو قال حتى يلتئم الكلامان فيتأمل كتبه نصر الهورينى .

(إن لم يطلق بائنا) فإن أبانها فلا (وإن أبت) أو قال أبطلت رجعتى أو لارجعة لى فله الرجعة بلا عوض ، ولو سمى هل يجعل زيادة فى المهر؟ قولان ،ويتعجل المؤجل بالرجعى ولا يتأجل برجعتها خلاصة . وفى الصيرفية : لا يكون حالا حتى تنقضى العدة .

المعتبر هنا المس بالشهوة ، بخلاف المصاهرة لأنه يعتبر فيها زيادة على ذلك شهوة تكون سببا للولد ولذا لم يوجبها ذلك الوطء، كما لو أنزل بعد المس ولذا لم يشرط أحد هنا عدم الإنزال بالمس ونحوه (قوله إن لم يطلق بائنا) هذا بيان لشرط الرجعة ، ولها شروط خمس تعلم بالتأمل شرنبلالية .

قلت : هى أن لا يكون الطلاق ثلاثا فى الحرة أو ثنتين فى الأمة ولا واحدة مقترنة بعوض مالى ولا بصفة تنبىء عن البينونة كطويلة أو شديدة ولا مشبهة كطلقة مثل الجبل ، ولا كناية يقع بها بائن . ولا يخفى أن الشرط واحد هو كون الطلاق رجعيا ،وهذه شروط كونه رجعيا متى فقد منها شرط كان بائنا كما أوضحناه أول كتاب الطلاق ، وقد استغنى عنها المصنف بقوله إن لم يطلق بائنا ، وهو أولى من قول الكنز إن لم يطلق ثلاثا ، لكن قال الخير الرملى : لاحاجة إلى هذا مع قوله استدامة الملك القائم فى العدة ، لأن البائن ليس فيه ملك من كل وجه والكلام فى الرجعى لافى البائن ، فقد غفل أكثرهم فى هذا المحل اهـ لكن لايخفى أن المساهلة فى العبارة لزيادة الإيضاح لابأس بها فى مقام الإفادة .

[تنبيه] شرط كون الثنتين فى الأمة كالثلاث فى الحرة أن لايكون رقها ثابتا بإقرارها بعدهما .

ففى النهر عن الخانية : لو كان اللقيط امرأة أقرت بالرق لآخر بعد ماطلقها ثنتين كان له الرجعة ، ولو بعد ماطلقها واحدة لا يملكها . والفرق أنها بإقرارها فى الأول تبطل حقا ثابتا له وهو الرجعة ، بخلافه فى الثانى إذ لم يثبت له حق البتة اهـ (قوله فلا) أى فلا رجعة (قوله وإن أبت) أى سواء رضيت بعد علمها أو أبت وكذا لو تعلم بها أصلا . وما فى العناية من أنه يشترط إعلام الغائبة بها فسهو لما استقر من أن إعلامها إنما هو مندوب فقط نهر (قوله وإن قال) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها قالت بتاء المؤنثة ، والظاهر أنها تحريف (قوله فله الرجعة) لأنه حكم أثبته الشارع غير مقيد برضاها ، ولا يسقط بالإسقاط كالميراث ، وقد جعل الشارح إن الوصلية من كلام المصنف شرطية ، وجعل قوله فله الرجعة جوابها ط ويجوز إبقاؤها وصلية ويكون قوله فله الرجعة تفريعا على مافهم مما قبله وتصريحا به ليرتب عليه ما بعده (قوله بلا عوض) قد تقدم ، وكأنه أعاده تمهيدا لما بعده رحمتى (قوله قولان) أى قيل نعم إن قبلت وقيل لا كما قدمناه . ووجه الثانى مافى الجوهرة من أن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك والعوض لا يجب على الإنسان فى مقابلة ملكه اهـ (قوله ويتعجل المؤجل بالرجعى) أى لو طلقها رجعيا صارما كان مؤجلا بذمته من المهر حالا فتطالبه به فى الحال ولو قبل انقضاء العدة ولايعود مؤجلا إذا راجعها فى العدة .

قال فى البحر من باب المهر : يعنى إذا كان التأجيل إلى الطلاق ، أما إذا كان إلى مدة معينة فلا يتعجل بالطلاق اهـ (قوله وفى الصيرفية الخ) قال فى البحر من باب المهر : وذكر قولين فى الفتاوى الصيرفية فى كونه يتعجل المؤجل بالطلاق الرجعى مطلقا أو إلى انقضاء العدة ، وجزم فى القنية بأنه لا يحل إلى انقضاء العدة ، قال وهو قول عامة مشايخنا اهـ أى لأن العادة تأجيله إلى طلاق يزيل الملك أو إلى الموت ، والرجعى لايزيل الملك إلا بعد مضى العدة ، فلا يصير حالا قبلها ، وقد ظهر لك بما نقلناه أن مافى الخلاصة أحد القولين وأنه ليس فى كلام الصيرفية الذى اقتصر عليه الشارح مايفيد حلوله بالمراجعة وإن بطلت العدة بها ، لأن القول بحلوله بانقضاء العدة بسبب حصول الفرقة

(وندب إعلامها بها) لئلا تنكح غيره بعد العدة ، فإن نكحت فرق بينهما وإن دخل شمنى (وندب الإشهاد) بعدلين ولو بعد الرجعة بالفعل (و) ندب (عدم دخوله بلا إذنها عليها) لتتأهب وإن قصد رجعتها لكراهتها بالفعل كما مر .
(ادعاها بعد العدة فيها) بأن قال كنت راجعتك فى عدتك (فصدقته صح) بالمصادقة (وإلا لا) يصح إجماعا (و) كذا (لو أقام بينة بعد العدة أنه قال فى عدتها قد راجعتها أو) أنه (قال قد جامعتها)

وزوال الملك كما قلنا لا بسبب زوال العدة ، ومع المراجعة لا يوجد انقضاء العدة المشروط لحلوله ، لأن فائدة هذا الشرط عدم حلوله بالمراجعة لاحلوله بها فافهم (قوله لئلا تنكح غيره) أولى من قول الهداية لئلا تقع فى المعصية إذ لا معصية فيه مع عدم علمها بالرجعة وإن أجيب بأن المعصية لتقصيرها بترك السؤال لما فيه من إيجاب السؤال عليها وإثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها ،وتمامه فى الفتح (قوله فرق بينهما) أى إذا ثبتت المراجعة بالبينة ، وقوله وإن دخل : أى الزوج الثانى ، وقوله فى الفتح دخل بها الأول أولا لعله من تحريف النساخ أو سبق قلم إذ لا رجعة مع عدم دخول الأول كما لايخفى (قوله وندب الإشهاد) احترازا عن التجاحد وعن الوقوع فى مواقع التهم لأن الناس عرفوه مطلقا فيتهم بالقعود معها ،وإن لم يشهد صح ،والأمر فى قوله تعالى -وأشهدوا ذوى عدل- للندب زيلعى (قوله ولو بعد الرجعة بالفعل) لما فى البحر عن الحاوى القدسى : وإذا راجعها بقبلة أو لمس فالأفضل أن يراجعها بالإشهاد ثانيا اه. أى الإشهادة على القول، فلايشهد على الوطء والمس والنظر بشهوة لأنه لاعلم للشاهد بها كما أشير إليه فى الظهيرية در منتقى .

قال فى البحر : وأشار المصنف إلى أن الرجعة على ضربين : سنى وبدعى . فالسنى أن يراجعها بالقول ويشهد على رجعتها ويعلمها ، ولو راجعها بالقول ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها كان مخالفا للسنة كما فى شرح الطحاوى اه. قلت : وكذا لو راجعها بالفعل ولم يشهد ثانيا . قال الرحمتى : والبدعى هنا خلاف المندوب وفى الطلاق مكروه تحريما (قوله بلا إذنها) حقه أن يقول بلا إيذانها : أى إعلامها ، إذ لايكره دخوله إذا لم تأذن له : وعبارة الكنز حتى يؤذنها . قال فى البحر : أى يعلمها بدخوله إما بخفق النعل أو بالتنحنح أو بالنداء ونحو ذلك (قوله وإن قصد رجعتها) خلافا لما فى الهداية وغيرها من التقييد بعدم قصدها ، ولذا قال فى البحر : أطلقه فشمل ما إذا قصد رجعتها أولا ، فإن كان الأول فإنه لايأمن أن يرى الفرج بشهوة فتكون رجعة بالفعل من غير إشهاد، وهومكروه من جهتين كما قدمناه ، وإن كان الثانى فلأنه ربما يؤدى إلى تطويل العدة عليها ، بأن يصير مراجعا بالنظر من غير قصد ثم يطلقها وذلك إضرار بها اه وقوله وهو مكروه من جهتين أى لكونها رجعة بالفعل وبدون إشهاد والكراهة تنزيهية فيهما كما علمت ، وبه اندفع مافى الشرنبلالية (قوله ادعاها) أى الرجعة بعد العدة فيها أى فى العدة والظرف متعلق بادعى والجار والمجرور متعلق بالضمير العائد على الرجعة أى ادعى بعد العدة الرجعة فى العدة فهو على حد قول الشاعر * وماهو عنها بالحديث المترجم(١) * أى وما الحديث عنها (قوله صح بالمصادقة) لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى بحر . وظاهره ولو كانا كاذبين ، ولا يخفى أن هذا حكم القضاء ، أما الديانة فعلى مافى نفس الأمر (قوله وإلا لا يصح) أى مادعاه من الرجعة لأنه أخبر عن شيء لايملك إنشاءه فى الحال وهى تنكره ، فكان القول لها بلا يمين لما عرف فى الأشياء الستة بحر : أى الآتية فى كتاب الدعوى حيث قال المصنف هناك : ولا تحليف فى نكاح ورجعة وفى إيلاء واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان ،والفتوى على أنه يحلف فى الأشياء السبعة اه أى السبعة الأولى، وهذا قولهما أما الأخيران فلا تحليف اتفاقا (قوله ولذا) أى لكونه لايقبل

---

(١) (قوله بالحديث المترجم) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والمعروف بالحديث المرجم : أى الذى لا يوقف على حقيقة كما يؤخذ من الصحاح اه مصححه .

وتقدم قبولها على نفس اللمس والتقبيل فليحفظ (كان رجعة) لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا من أعجب المسائل حيث لايثبت إقراره بإقراره بل بالبينة (كما لو قال فيها كنت راجعتك أمس) فإنها تصح (وإن كذبته) لملكه الإنشاء فى الحال (بخلاف) قوله لها (راجعتك) يريد الإنشاء (فقالت) على الفور (مجيبة له قد مضت عدتى) فإنها لاتصح عند الإمام لمقارنتها لانقضاء العدة ، حتى لو سكتت ثم أجابت صحت اتفاقا ، كما لو نكلت عن اليمين عن مضى العدة .

(قال زوج الأمة بعدها) أى العدة (راجعتها فيها فصدقه السيد وكذبته) الأمة ولا بينة (أو قالت مضت

قوله إذا لم تصدقه لو أقام بينة تقبل لأنه إذا كان القول لها تكون البينة عليه ، لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر . وفى نسخة وكذا بالكاف وكلاهما صحيحتان فافهم (قوله وتقدم الخ) أى فى فصل المحرمات ح حيث قال وتقبل الشهادة على الإقرار باللمس والتقبيل عن شهوة ،وكذا تقبل على نفس اللمس والتقبيل والنظر إلى ذكره أو فرجها عن شهوة فى المختار تجنيس ،لأن الشهوة ربما يوقف عليها فى الجملة بانتشار أو آثاراه وقدمنا قريبا أن القول لمدعى الشهوة فى المعانقة مع الانتشار والمس للفرج والتقبيل على الفم وهو مؤيد لقبول الشهاد بالشهوة (قوله وهذا من أعجب المسائل الخ) نقلوا ذلك عن مبسوط الإمام السرخسى أى لأنه إذا قيل لك رجل أقر بشىء فى الحال فلم يثبت إقراره ولو برهن على أنه أقر به فى الماضى يثبت فإنك تتعجب من ذلك ، لأن إقراره فى الحال ثابت بالمعاينة وهو أقوى من الثابت بالبينة لاحتمال أن البينة كاذبة ، ولذلك لو ادعى على آخر بمال وبرهن عليه ثم أقر المدعى عليه به بطلت البينة ، لأن الإقرار أقوى وهنا عكسوا ذلك ، ووجهه أن إقراره فى الحال بأنه أقر فى العدة مجرد دعوى فلا تثبت بلابينة ، وإذا ظهر السبب بطل العجب ، فإطلاق الاعتراض عليهم بأنه لاعجب ناشىء عن سوء الأدب فافهم (قوله لملكه الإنشاء فى الحال الخ) أى ومن ملك الإنشاء ملك الإخبار كالوصى والمولى والوكيل بالبيع ومن له الخيار بحر عن تلخيص الجامع (قوله يريد الإنشاء) أما إذا أراد الإخبار فيرجع إلى تصديقها ط (قوله فقالت مجيبة له) أشار إلى أنها قالته موصولا كما يأتى محترزه وإلى أن الزوج بدأ ،فلو بدأت فقالت انقضت عدتى فقال الزوج راجعتك فالقول لها اتفاقا . وفى الفتح : لو وقع الكلامان معا ينبغى أن لاتثبت الرجعة نهر (قوله فإنها لاتصح الخ) لايخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء وإلا تثبت الرجعة إلا إن ادعت أنها ولدت وثبت ذلك . وعندهما تصح لأنه إنشاء حال قيام العدة ظاهرا ، وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لأنها أمينة فى الإخبار ،وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلاتصح وتمامه فى الفتح (قوله صحت اتفاقا) لأنها متهمة بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور فتح (قوله كما لو نكلت الخ) قال فى الفتح : وتستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها .

والفرق لأبى حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لاتستحلف عنده أنه لم يراجعها فى العدة أن إلزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الرجعة وغيرها من الأشياء الستة لايجوز ،والعدة هى الامتناع عن التزوج والاحتباس فى منزل الزوج وبذله جائز ، ثم إذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة اهـ لكن ماذكره من الإجماع تبعا للزيلعى وشرح المجمع اعترضه فى البحر بأن مذهبهما صحة الرجعة هنا فلا يتصور الاستخلاف عندهما ، ولذا اقتصر على الاستحلاف عنده فى البدائع وغيرها (قوله عن مضى العدة) الأولى على مضى العدة لأنه متعلق باليمين ط (قوله فصدقه السيد وكذبته) قيدبه لأنهما لو صدقاه تثبت الرجعة اتفاقا ، ولو كذباه لاتثبت اتفاقا ط عن النهر (قوله ولابينة) فلو أقامها تثبت الرجعة

عدتى وأنكر) الزوج والمولى (فالقول لها) عند الإمام لأنها أمينة (فلو كذبه المولى وصدقته الأمة فالقول له) أى للمولى على الصحيح لظهور ملكه فى البضع فلا يمكنها إبطاله (قالت انقضت عدتى ثم قالت لم تنقض كان له الرجعة) لإخبارها بكذبها فى حق عليها شمنى ، ثم إنما تعتبر المدة او بالحيض لابالسقط ،وله تحليفها أنه مستبين الخلق ، ولو بالولادة لم يقبل إلا ببينة ولو حرة فتح (وتنقطع) الرجعة (إذا طهرت من الحيض الأخير) يعم الأمة (لعشرة) أيام مطلقا (وإن لم تغتسل ولأقل لا) تنقطع (حتى تغتسل) ولو بسؤرحمار لاحتمال طهارته مع وجود المطلق ، لكن لاتصلى لاحتمال النجاسة ولا تتزوج احتياطا (أو يمضى) جميع (وقت صلاة) فتصير دينا فى ذمتها ، ولو عاودها ولم يجاوز العشرة فله الرجعة (أو) حتى (تتيمم) عند عدم الماء (وتصلى) ولو نفلا صلاة تامة

نهر (قوله فالقول لها عند الإمام) وقالا : القول للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه فيقبل ، كما لو أقر عليها بالنكاح . وله أن حكم الرجعة من الصحة وعدمها مبنى على العدة من قيامها وانقضائها وهى أمينة فيها مصدقة بالإخبار بالانقضاء والبقاء لاقول للمولى فيها أصلا ، وإنما قبل قوله فى النكاح لانفراده به ، بخلاف الرجعة نهر (قوله على الصحيح) أى عند الكل . قال فى الفتح : إن القول للمولى بالاتفاق ، وقوله على الصحيح احتراز عما فى الينابيع أنه على الخلاف أيضا اهـ (قوله لظهور الخ) قال فى النهر : والفرق للإمام بين هذا وما مر أنها منقضية العدة فى الحال ، ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها فى إبطاله ، بخلاف مامر لأن المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة فلم يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله اهـ . قال فى البحر : فالحاصل أنه لافرق فى الحكم بين المسألتين وهو عدم صحة الرجعة وإن اختلف التصوير (قوله ثم إنما تعتبر المدة) يعنى أن فى المسائل التى يقبل فيها قوله انقضت عدتى لابد من كون المدة تحتمل ذلك ، ثم إنما يشترط احتمال المدة ذلك إذا كانت العدة بالحيض فلو كانت العدة بوضع الحمل ولو سقطا مستبين الخلق فلا تشترط مدة اهـ ح وسيأتى آخر الباب بيان المدة (قوله يعم الأمة) لأن عدتها حيضتان والأخير يشمل الثانية ، فهو أولى من قول الهداية من الحيضة الثالثة (قوله لعشرة) علة لطهرت أى لأجل تمامها سواء انقطع الدم أولا نهر لكن إذا لم ينقطع على العشرة ولها عادة انقطعت الرجعة من حين انتهاء عادتها كما فى الدر المنتقى عن الزيلعى وغيره (قوله مطلقا) يفسره مابعده ،ويحتمل أن يكون المراد به انقطع الدم أولا ، فهو إشارة إلى ماذكرناه آنفا عن النهر (قوله احتياطا) راجع للكل ،لأن سؤر الحمار مشكوك فى طهوريته ، فإذا اغتسلت به مع وجود الماء المطلق فالاحتياط انقطاع الرجعة لاحتمال تطهيره وعدم الصلاة والتزوج لاحتمال عدمه (قوله أو يمضى جميع وقت صلاة) المراد خروج الوقت بتمامه ، سواء كان الانقطاع قبله فى وقت مهمل كوقت الشروق أو فى أوله أو فى أثنائه احتراز عن مضى زمن منه يسع الصلاة فإنه لايعتبر مالم يخرج الوقت بتمامه ، لأن المراد أن تصير الصلاة دينا فى ذمتها ، ولهذا لو طهرت فى آخر الوقت بحيث لم يبق منه مايسع الغسل والتحريمة لا تنقطع الرجعة مالم يخرج الوقت الذى بعده لأنها بخروج الوقت الأول لم تصر الصلاة دينا بذمتها لعدم قدرتها فيه على الأداء فافهم (قوله ولو عاودها الخ) قال فى البحر : وإنما شرط فى الأقل أحد الشيئين ، لأنه لما احتمل عود الدم لبقاء المدة فلا بد من أن يتقوى الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم شىء من أحكام الطاهرات ، فخرجت الكتابية لأنه لايتوقع فى حقها أمارة زائدة فاكتفى بالانقطاع كذا ذكره الشارحون وظاهره أن القاطع للرجعة الانقطاع ، لكن لما كان غير محقق اشترط معه مايحققه فأفاد أنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة وتبين أن الرجعة لم تنقطع بالغسل ، ولو تزوجت بعد الانقطاع للأقل قبل الغسل

فى الأصح ، وفى الكتابية بمجرد الانقطاع ملتقى لعدم خطابها .

قلت : ومفاده أن المجنونة والمعتوهة كذلك .

(ولو اغتسلت ونسيت أقل من عضو تنقطع) لتسارع الجفاف ، فلو تيقنت عدم الوصول أو تركته عمدا لاتنقطع .

(ولو) نسيت (عضـوا لا) تنقطع وكل واحد من المضمضة والاستنشاق كالأقل

ومضى الوقت تبين صحة النكاح ، هكذا أفاده فى فتح القدير بحثا ، وهو وإن خالف ظاهر المتون لكن المعنى يساعده والقواعد لا تأباه اهـ أى لأن عبارة المتون تفيد أن القاطع للرجعة هو الاغتسال أو مضى الوقت لا نفس الانقطاع : أى انقطاع الدم ؛ فلو انقطع ثم اغتسلت أومضى الوقت ثم راجعها أو تزوجت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة فظاهر المتون صحة التزوج دون المراجعة ؛ ولو انقطع ولم يعاودها فتزوجت بآخر قبل الاغتسال ومضى الوقت لم يصح التزوج وبقيت الرجعة ، ولا شك أن هذا خلاف مابحثه فى الفتح خلافا لما فهمه فى النهر .

وقد يقال : إن مرادهم بالانقطاع لما دون العشرة الانقطاع حقيقة بأن لايكون معه معاودة ، لأنه إذا عاودها ولم يجاوز العشرة تبين أن غسلها لم يصح وأن الصلاة لم تصر دينا بذمتها فبقيت الرجعة ولم يصح تزوجها ، لكن تبقى المخالفة فيما لو راجعها أو تزوجت قبل الغسل ومضى وقت الصلاة ولم يعاودها الدم أصلا ، فإن مقتضى المتون صحة الرجعة دون التزوج ، وهذا لايحتمل التأويل فمخالفته بمجرد البحث غير مقبولة ، وإذا كان الانقطاع هو نفسه للرجعة فلا بعد فى أن يكون مشروطا بشرط يقوّيه ؛ وهو حكم الشرع عليها بأخذ أحكام الطاهرات ، لأنها إذا اغتسلت يجوز لها الشرع القراءة والطواف ونحوهما ، وكذا إذا حكم عليها بصيرورة الصلاة دينا بذمتها ؛ فإن القياس بقاء حيضها مادامت مدة يعود فيها الدم ، فإذا حكم الشرع عليها بشىء من أحكام الطاهرات يكون حكما منه بارتفاع الحيض مالم يتيقن عدمه بالعود فى المدة ، فإذا عاد زال الحكم المذكور وإلا بقى ، وحينئذ فلا يعمل الانقطاع عمله من انقطاع الرجعة وصحة التزوج إلا بهذا الشرط وهو الحكم المذكور المستمر ، فإذا زال بعود الدم بطل عمله ؛ وإن بقى الحكم بقى العمل ، وعن هذا والله تعالى أعلم اقتصر الشارح على بعض البحث المذكور الذى يمكن حمل كلامهم عليه وترك منه مالا يمكن (قوله فى الأصح) نقل تصحيحه فى الفتح عن المبسوط ، وكذا فى التبيين وشرح المجمع ، لكن نقل فى الجوهرة عن الفتاوى تصحيح انقطاعها بمجرد الشروع ، ولو مست المصحف أو قرأت القرآن أو دخلت المسجد ، قال الكرخى تنقطع ، وقال الرازى لا ، كذا فى الفتح شرنبلالية . قال فى النهر وتقييد المصنف بالصلاة يومىء إلى اختيار قول الرازى ، وهذا عندهما . وقال محمد : تنقطع بمجرد التيمم . وهو القياس ، لأنه طهارة مطلقة ؛ ورجحه فى الفتح ، وأقره فى البحر والنهر (قوله بمجرد الانقطاع) أى بلا توقف على غسل أو مضى وقت أو تيمم كما قدمناه عن البحر لعدم خطابها بالأداء حالة الكفر (قوله قلت ومفاده) البحث لصاحب النهر (قوله ونسيت أقل من عضو) كالأصبع والأصبعين وبعض العضد والساعد بحر ، والمراد بالنسيان الشك لأن المراد أنها وجدت بعض العضو جافا ولم تدر هل أصابه ماء أو لا بقرينة مابعده أفاده الرحمتى و ط (قوله تنقطع) أى الرجعة ، وقيد به لأنه لايحل لزوجها قربانها ولا يحل تزوجها بآخر مالم تغسل تلك اللمعة أو يمضى عليها أدنى وقت صلاة مع القدرة على الاغتسال بحر عن الإسبيجابى : أى احتياطا فى أمر الفروج نهر فلذا لم يعتبروا هنا مااعتبروه فى الطهارة من أنه إذا شك قبل الفراغ غسل ماشك فيه ، ولو بعده لا يعتبر فافهم (قوله لتسارع الجفاف) ظاهره أن الحكم المذكور فيما إذا حصل الشك قبل ذهاب البلة ، فلو شكت بعد مدة طويلة ذهبت فيها البلة فالظاهر عدم اعتباره سواء حصل الشك فى عضو تام أو أقل لعدم ظهور العلة هنا تأمل (قوله ولو نسيت عضوا)

لأنهما عضو واحد على الصحيح بهنسى (طلق حاملا منكرا وطأها فراجعها) قبل الوضع (فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر) من وقت الطلاق ولستة أشهر (فصاعدا) من وقت النكاح (صحت) رجعته السابقة ، وتوقف ظهور صحتها على الوضع لاينافى صحتها قبله ، فلا مسامحة فى كلام الوقاية (كما) صحت

كاليد والرجل بحر (قوله لأنهما عضو واحد) أى بمنزلته ، وكل واحد بانفراده بمنزلة مادون العضو ، وهذا قول محمد ورواية عن أبى يوسف . وفى رواية عنه أن تركه كل بانفراده كترك عضو ، وأشار إلى تصحيح الأول فى الملتقى حيث قدمه ، وفى الهداية حيث أخره مع تعليله بأن فى فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الأعضاء (قوله طلق حاملا) أى من ظهر كونها حاملا وقت الطلاق بودلاتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق (قوله فراجعها قبل الوضع) هذا زاده المصنف تبعا لصدر الشريعة كما يأتى لأنه بعد الوضع لا مراجعة (قوله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فصاعدا من وقت النكاح) كذا فى أكثر النسخ ، وفى بعضها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، ولستة أشهر فصاعدا من وقت النكاح ، وهذه هى الصواب لأنه بذلك يعلم أن الولد علق بعد النكاح قبل الطلاق (قوله صحت رجعته السابقة) أى المذكورة فى قوله فراجعها قبل الوضع ، أى ظهر بهذه الولادة أن تلك الرجعة كانت صحيحة وإن كان مقتضى إنكاره الوطء أنها لاتصح لأنها على زعمه قبل الدخول والمطلقة قبله لارجعة ، لها لكن لما ثبت نسبه منه صار مكذبا شرعا فصحت رجعته .

مطلب فيما قيل إن الحبل لايثبت إلا بالولادة

(قوله وتوقف ظهور صحتها الخ) اعلم أنه قال فى الوقاية طلق ذات حمل أو ولد وقال لم أطأ راجع اه ومثله فى الكنز والهداية وغيرهما .

واعترضهم المحقق صدر الشريعة بأن ذات الحمل فيها إشكال ، وذلك أن وجود الحمل وقت الطلاق إنما يعرف إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقته ، وإذا ولدت انقضت العدة فكيف يملك الرجعة .

ولا يرد أنه يملك الرجعة قبل وضع الحمل أى بأن يحكم بصحتها قبله لأنه لما أنكر الوطء لم يكن مكذبا شرعا إلا بعد الولادة لأقل من ستة أشهر لاقبلها ، فالصواب أن يقال : ومن طلق حاملا منكرا وطأها فراجعها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر صحت الرجعة اه ملخصا ، وقد تبعه المصنف فى متنه كما رأيت ، وقد أشار الشارح إلى الجواب عن الوقاية بأن قوله راجع معناه أنه لو راجع قبل الولادة صحت رجعته متوقفة على الولادة لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، وتوقف ظهور صحتها على الولادة لاينافى صحتها لكن لايخفى مافى ذلك من البعد ، لكن انتصر فى البحر للمشايخ ، ورد قول صدر الشريعة أن وجود الحمل الخ بأن الحمل يثبت قبل الوضع ويثبت به النسب ، لما صرحوا به فى باب خيار العيب أن حمل الجارية المبيعة يثبت بظهوره قبل الوضع ، وفى باب ثبوت النسب أنه يثبت بالحبل الظاهر اه أى وإذا كان الحمل يثبت قبل الولادة يمكن الحكم بصحة الرجعة قبلها .

ورده أيضا يعقوب باشا فى حواشيه عليه من وجهين : أحدهما مامر عن البحر . والثانى أنه سيجىء فى المسألة الآتية أنه لو راجعها ثم ولدته لأقل من عامين ثبت نسبه . قال : فعلم أن الحمل يعرف بالولادة لأكثر من ستة أشهر اه وأقره فى النهر .

أقول : وقد أجاب عن الوجه الأول العلامة المقدسى حيث قال : إن كلام صدر الشريعة تحقيق بالقبول حقيق

. . . .

وقول من رده بأن الحمل يثبت قبل الوضع ويثبت النسب به قبله مردود . أما مااستدل به فى باب خيار العيب فرواية ضعيفة عن محمد أنه يرد بشهادة المرأة بالعيب . وعن أبى يوسف روايتان ، أظهرهما أنه إنما يقبل قولها للخصومة لاللرد(١) وأما مافى باب ثبوت النسب من قولهم الحبل الظاهر فإنما يثبت النسب بالفراش والولادة بقول المرأة ، والخلاف هناك معروف أن أبا حنيفة يقول إذا جحد الزوج ولادة المعتدة لاتثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا أن يكون الحبل ظاهرا فيثبت معه بشهادة المرأة وهى القابلة ، فليس فى هذا أن الحبل يثبت وإنما ظهوره يؤيد شهادة المرأة . وأما ثبوته فتوقف على الولادة كما نص عليه فى المبسوط فيما لو قال إن حبلت فطالق ، فقال : لو وطئها مرة فالأفضل أن لايقربها ، ثم قال : إن أتت بولد بعد قوله المذكور لأكثر من سنتين يقع الطلاق وتنقضى العدة بالولد ، فلم يثبته إلا بالولادة على الوجه المخصوص ، وظهوره لايسمى ثبوتا ولا يترتب عليه مايتوقف على الثبوت اه .

قلت : وفيه نظر ، فإن الذى حرره الزيلعى هناك أن الولادة تثبت بقول المرأة ولدت إذا كان هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو اعتراف من الزوج بظهور الحبل ، حتى لو علق طلاقها بولادتها يقع بقولها ولدت عند أبى حنيفة وشهادة القابلة شرط عنده لتعيين الولد ، وعندهما لاتثبت الولادة إلا بشهادة القابلة ، فقد ظهر أن الولادة تثبت بظهور الحبل عنده ، وقد قال العلامة قاسم هناك إن المراد بظهوره أن تظهر أماراته بحيث يغلب ظن كل من شاهدها بكونها حاملا ، نعم يعتبر ظهوره حيث لم يعارضه غيره كما فى مسألتنا فإن إقراره بأنه لم يطأ ينافى صحة رجعته مالم يظهر كذبه بأن تلد لدون ستة أشهر . ونظيره مالو أخبرت المعتدة بانقضاء عدتها ثم ادعت الحبل ، فإنهم لم ينظروا إلى ظهور الحبل وإنما نظروا إلى ولادتها ، فإذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإخبار ثبت النسب للتيقن بكذبها ، ولو لأكثر فلا للتناقض ، فلم ينظروا إلى ظهور الحبل عند التناقض ، وإنما نظروا إلى مايظهر به كذب الإخبار الأول يقينا ، فهذا مؤيد لما قاله صدر الشريعة . وأما الجواب عن الوجه الثانى فهو أن الطلاق فى المسألة الآتية مفروض بعد إقراره بالخلوة بها والطلاق بعد الخلوة موجب للعدة ، ومعتدة الرجعى إذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد ثبت نسبه ، لكن إن ولدته لأكثر من سنتين كانت الولادة رجعة وإلا لالجواز علوقه قبل الطلاق كما سيأتى فى العدة ، فإذا ثبت نسبه وكان قد راجعها بالقول مثلا تبين صحة تلك الرجعة بالولادة لأقل من عامين . أما فى مسألتنا فإنه لم يقر بالخلوة لتلزمها العدة فإذا طلقها يكون طلاقا قبل الدخول ظاهرا فلاعدة عليها ، فإذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق تبين أن الطلاق كان بعد الدخول وأنها معتدة ، فإذا كان قد راجعها قبل الولادة تبين صحة الرجعة لأنها فى العدة ، بخلاف ما إذا ولدت بعد ستة أشهر من وقت الطلاق فإنه لا يعلم أن الرجعة كانت فى العدة ولا يثبت نسب الولد ، لما صرحوا به من أن الأصل أن كل امرأة لم تجب عليها العدة ، فإن نسب ولدها لايثبت من الزوج إلا إذا علم يقينا أنه منه بأن تجئ به لأقل من ستة أشهر . وبه ظهر أنه لافرق بين المسألتين فى توقف صحة الرجعة على الولادة وثبوت النسب ، وأن النسب لايثبت فى مسألتنا إلا بالولادة لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق للعلم بأنها علقت به قبل الطلاق وأنها معتدة ، بخلاف المسألة الآتية لأنها

---

(١) (قوله للخصومة لا للرد) يعنى إذا ادعى المشترى الحبل لاتتوجه له الخصومة على المشترى مالم تشهد النساء به ، فحينئذ تتوجه الخصومة ، فيحلف البائع على أنها ليس بها حبل وقت البيع ، فإن حلف فبها وإلا ردت عليه ، وليس المراد أنه يثبت الرد بمجرد شهادة النساء به ، ومثل هذا فى دعوى الثيوبة وغيرها مما لايطلع عليه الرجال اه منه .

(لو طلق من ولدت قبل الطلاق) فلو ولدت بعده فلا رجعة لمضى المدة (منكرا وطأها) لأن الشرع كذبه بجعل الولد للفراش ، فبطل زعمه حيث لم يتعلق بإقراره حق الغير (ولو خلا بها ثم أنكره) أى الوطء (ثم طلقها لا) يملك الرجعة لأن الشرع لم يكذبه ، ولو أقر به وأنكرته فله الرجعة ولو لم يخل بها فلا رجعة له لأن الظاهر شاهد لها ولوالجية .

(فإن طلقها فراجعها) والمسألة بحالها (فجاءت بولد لأقل من حولين) من حين الطلاق (صحت) رجعته السابقة لصيرورته مكذبا كما مر :

(ولو قال : إن ولدت فأنت طالق فولدت) فطلقت فاعتدت (ثم) ولدت (آخر ببطنين) يعنى بعد ستة أشهر ولو لأكثر من عشر سنين مالم تقر بانقضاء العدة ، لأن امتداد الطهر لاغاية له إلا اليأس (فهو) أى الولد الثانى (رجعة) إذ يجعل العلوق بوطء حادث فى العدة ، بخلاف مالو كانا ببطن واحد .

(وفى كلما ولدت) فأنت طالق

مفروضة فى المختلى بها الواجب عليها العدة فتصح رجعتها وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر، فاغتنم تحرير هذا المقام الذى زلت فيه أقدام الأفهام والسلام فافهم (قوله من ولدت قبل الطلاق) أى إذا جاءت به لستة أشهرفأكثر من وقت النكاح (قوله حيث لم يتعلق بإقراره حق الغير) قال فى البحر : ولا يرد ما أورده فى الكافى بأن من أقر بعبد لآخر ثم اشتراه ثم استحق منه ثم وصل إليه فإنه يؤمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذبا شرعا لكونه تعلق بإقراره حق الغير ، بخلاف مسألة الرجعة اهـ ح (قوله لأن الشرع لم يكذبه) لأنه لايملك الرجعة إلا فى عدة الدخول : أى الوطء لافى عدة الخلوة وهو قد أنكر الوطء فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه ولم يكذبه الشرع فيه ، بخلاف مامر وما يأتى فإنه بثبوت النسب صار مكذبا شرعا :

ولا يرد أنه بالخلوة يتأكد المهر وتجب العدة ، لأن تأكد المهر يبتنى على تسليم المبدل والعدة تجب احتياطا لاحتمال الوطء ؛ ولا يلزم من ذلك إثبات الوطء فلم يكن مكذبا شرعا بإنكاره ، كذا يفاد من البحر (قوله فله الرجعة) لأن الظاهر شاهد له فإن الخلوة دلالة الدخول بحر (قوله والمسألة بحالها) يعنى اختلى بها وأنكر وطأها (قوله صحت رجعته) أى ظهر صحتها (قوله لصيرورته مكذبا) أى فى قوله لم أجامعها لأنه بثبوت النسب نزل واطئا قبل الطلاق لابعده وإن أنكر ، لأن تكذيبه أولى من حمله على الزنا نهر ، وقدمنا تحقيق المسألة (قوله فاعتدت) أى دخلت فى العدة ، وهو معنى قول البحر ووجبت العدة ، وليس معناه مضت عدتها حتى يقال إن الصواب حذفه فافهم (قوله ببطنين) حال من مفعول ولدت الأول وولدت الثانى لامتعلق بولدت (قوله يعنى بعد ستة أشهر) تفسير لقوله ببطنين ، لأنه لوكان بين الولادتين أقل من ذلك تعين كون الثانى موجودا قبل ولادة الأول فيكون قد اجتمعا فى بطن ، فلا تكون ولادة الثانى رجعة لأنه علق قبل الطلاق يقينا (قوله فهو رجعة) أى الوطء الذى كان الولد منه رجعة وأسندها إليه ، لأن الوطء لم يعلم إلا به (قوله بوطء حادث) أى بعد الطلاق فى العدة فيصير به مراجعا حملا لحالها على الصلاح حيث لم تقر بانقضاء العدة ؛ كما إذا طلقها رجعيا فولدت لأكثر من سنتين فإنه يكون بوطء حادث البتة بخلاف ماإذا ولدته لأقل من سنتين فإنه لايكون رجعة لاحتمال علوقه قبل الطلاق كما قدمناه ، وهذا الاحتمال ساقط هنا لأنهما متى كانا من بطنين كان الثانى من وطء حادث بعد الطلاق البتة كما ذكره فى الفتح ، وبه اندفع مافى شرح مسكين من دعوى المخالفة (قوله بخلاف الخ) قد علمت وجهه

(فولدت ثلاث بطون تقع الثلاث والولد الثانى رجعة) فى الطلاق الأول كما مر وتطلق به ثانيا (كالولد الثالث) فإنه رجعة فى الثانى وتطلق به ثلاثا عملا بكلما (وتعتـــد) الطلاق الثالث (بالحيض) لأنها من ذوات الأقراء مالم تدخل فى سن اليأس فبالأشهر ولو كانوا ببطن يقع ثنتان بالأولين لا بالثالث لانقضاء العدة به فتح .

(والمطلقة الرجعية تتزين) ويحرم ذلك فى البائن والوفاة (لزوجها) الحاضر لا الغائب لفقد العلة (إذا كانت) الرجعة (مرجوّة) وإلا فلا تفعل ، ذكره مسكين (ولا يخرجها من بيتها) ولو لما دون السفر للنهى المطلق (مالم يشهد على رجعتها) فتبطل العدة ، وهذا إذا صرح بعدم رجعتها ؛ فلو لم يصرح كان السفر رجعة دلالة فتح بحثا وأقره المصنف :

آنفا (قوله ثلاث بطون) بأن كان بين كل ولادتين ستة أشهر فأكثر (قوله كما مر) أى من جعل العلوق بوطء حادث فى العدة .

لايقال : فيه الحكم عليه بالوطء فى النفاس ، وهو حرام لأن النفاس ليس لأقله عدد ، ويجوز أن لا ترى دما أصلا نهر (قوله ثلاثا) الأولى أن يقول ثالثا ليوافق قوله ثانيا (قوله عملا بكلما)علة لقوله وتطلق فى الموضعين : أى فإن كلما تقتضى التكرار لأنها لعموم الأفعال (قوله فبالأشهر) أى فتعتد بالأشهر ، ويبطل مامضى من الحيض إن وجد منه شىء ط (قوله ولو كانوا ببطن) بأن يكون بين كل اثنين أقل من ستة أشهر (قوله لانقضاء العدة به) فيكون وقت الشرط وهو الولادة قارن وقت انقضاء العدة فلا يقع به شىء . قال فى الدر المنتقى إلا أن تجىء برابع أى فتطلق بالثالث ، ولو لم تلد الثالث لا تطلق بالثانى ، ولو كان الأولان فى بطن والثالث فى بطن تقع واحد بالأول وتنقضى العدة بالثانى ولا يقع شىء بالثالث ، ولو كان الأول فى بطن والثانى والثالث فى بطن تقع ثنتان بالأول والثانى وتنقضى العدة بالثالث فلا يقع شىء بحر عن الفتح اه (قوله والمطلقة الرجعية تتزين) لأنها حلال للزوج لقيام نكاحها والرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا بحر (قوله ويحرم ذلك فى البائن والوفاة) أما فى البائن فلحرمة النظر إليها وعدم مشروعية الرجعة ، وأما فى الوفاة فلوجوب الإحداد أفاده فى البحر (قوله لفقد العلة) وهى الحمل على المراجعة ط (قوله وإلا) بأن كانت تعلم أنه لا يراجعها لشدة بغضها بحر (قوله ذكره مسكين) أى ذكر قوله إذا كانت الرجعة مرجوة الخ أقره فى البحر وغيره (قوله للنهى المطلق) أى فى قوله تعالى —لا تخرجوهن من بيوتهن— نزل فى المطلقة رجعية والنهى عن الإخراج مطلق شامل لما دون سفر (قوله مالم يشهد على رجعتها) لعل الأولى ما لم يراجعها ،لأن الإشهاد مندوب فقط ط أى فلا يحسن جعل الإشهاد غاية لحرمة الإخراج لأنها تنتهى بالرجعة مطلقا . وذكر فى الفتح أن مقتضى مافى الهداية قصر كراهة المسافرة والخلوة أيضا عند عدم قصد المراجعة على تقدير ما إذا لم يراجعها بعد ذلك فى العدة لأنه تبين أنها لم تكن أجنبية لأن الطلاق لم يعمل عمله ؛ والأوجه تحريم السفر مطلقا لإطلاق النص فى منعه دون الخلوة لعدم النص فيها اه ملخصا فافهم (قوله فتبطل العدة) أى فإن أشهد فتبطل (قوله وهذا الخ) الإشارة إلى مافهم من قوله مالم يشهد من أن الإخراج ليس رجعة . فى البحر أن المراد إن كان يصرح بعدم رجعتها ، أما إذا سكت كانت المسافرة رجعة دلالة ، كما أشار إليه فى الفتح وشرح الجامع الصغير للقاضى وفتاويه والبدائع وغاية البيان معللين بأن السفر دلالة الرجعة فانتفى به ماذكره الزيلعى من أن السفر ليس دلالة الرجعة اه (قوله فتح بحثا) فيه أنه ليس فى كلام الفتح مايفيد أنه بحث منه كيف وهو مشار إليه فى الكتب السابقة . وعبارة الفتح : ولحرمتها أى المسافرة بهذا النص لم تكن رجعة قيل ولا دلالتها : أى ولا تكون دلالة الرجعة لأن الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها :

(والطلاق الرجعى لايحرم الوطء) خلافا للشافعى رضى الله عنه (فلو وطئ لاعقر عليه) لأنه مباح (لكن تكره الخلوة بها) تنزيها (إن لم يكن من قصده الرجعة وإلا لا) تكره (ويثبت القسم لها إن كان من قصده المراجعة وإلا لا) قسم لها بحر عن البدائع . قال : وصرحوا بأن له ضرب امرأته على ترك الزينة وهو شامل للمطلقة رجعيا (وينكح مبانته بما دون الثلاث فى العدة وبعدها بالإجماع) ومنع غيره فيها لاشتباه النسب (لا) ينكح (مطلقة) من نكاح صحيح نافذ

وأورد عليه أن التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وإن نادى على نفسه بعدم الرجعة . وجوابه الفرق بالحل والحرمة اه أى فإن التقبيل حلال فيكون رجعة والمسافرة حرام فلا تكون رجعة ولا دلالة عليها مع التصريح بعدمها ، فقوله لأن الكلام الخ يفيد أن ذلك منقول لا بحث فافهم (قوله خلافا للشافعى) مبنى الخلاف هو أن الرجعة عندنا استدامة الملك القائم . وعنده استحداث الحل الزائل ، فيحل عندنا لقيام ملك النكاح من كل وجه ، وإنما يزول عند انقضاء العدة (قوله لأنه مباح) فيه مسامحة لأن الوطء مكروه عندنا لمخالفته للسنة كما مر تحريره ، والمباح ماتعلق به خطاب الشارع تخييرا بين الفعل والترك على السواء ، والمكروه ولو تنزيها راجح الترك فلا يكون مباحا فالأولى أن يقول لأنه جائز فإن الجائز يطلق على ما لايحرم شرعا ولو واجبا أو مكروها كما ذكره فى التحرير (قوله لكن تكره الخلوة بها) الاستدراك مستدرك فإن الوطء مثلها كما علمت (قوله إن لم يكن من قصده الرجعة) لأن الخلوة ربما أدت إلى المس بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريدها فيطلقها فتطول العدة عليها طعن البحر (قوله ويثبت القسم لها الخ) سيأتى فى الباب الآتى أن المطلقة الرجعية لاحق لها فى الجماع لا قضاء ولا ديانة ولذا استحب مراجعتها بغيره ، وحينئذ فالقسم لأجل الاستئناس تأمل (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن من قصده المراجعة لايثبت القسم لأنه لو ثبت مع عدم قصدها ربما أدى إلى الخلوة فيلزم مامر ط .

مطلب فى العقد على المبانة

(قوله وينكح مبانته بما دون الثلاث) لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعى ذكر ما يتدارك به غيره فتح ولذا عقده فى الهداية هنا فصلا (قوله بالإجماع) راجع إلى قوله فى العدة وهو جواب عن سؤال هو أن قوله : ـ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ـ يعنى انقضاء العدة عام ، فكيف جاز للزوج تزوجها فى العدة والنص بعمومه يمنعه ، والجواب أنه خص منه العدة من الزوج نفسه بالاجماع (قوله ومنع غيره) أى غير الزوج فى العدة لاشتباه النسب بالعلوق ، فإنه لا يوقف على حقيقته أنه من الأول أو الثانى ، وهذا حكمة شرعية العدة فى الأصل ، والمراد بذكرها هنا بيان عدم المانع من تخصيص الزوج بالإجماع لا بيان علته ؛ لأنه يرد عليه الصغيرة والآيسة ، وعدة الوفاة قبل الدخول ، ومعتدة الصبى ، والحيضة الثانية والثالثة فإنه لا اشتباه فى ذلك ، ولا يجوز التزوج فى المدة لعلة أخرى هى إظهار خطر المحل أو هو حكم تعبدى ، وتمام بيانه فى الفتح (قوله لا ينكح مطلقة) تقديره لفظ ينكح هو مقتضى العطف على ما قبله ، لكن الأولى أن يزيد ولا يطأ بملك يمين لأنه كما لا يحل له نكاحها بالعقد لا يحل له وطؤها بالملك كما يأتى ؛ ولو قال لا تحل كما فى الآية الكريمة لشمل كلا منهما (قوله من نكاح صحيح نافذ) احترز بالصحيح عن الفاسد ، وهو ما عدم بعض شروط الصحة ككونه بغير شهود فإنه لا حكم قبل الوطء ، وبعده يجب مهر المثل ، والطلاق فيه لاينقص عددا لأنه متاركة فلو طلقها ثلاثا لا يقع شئ وله تزوجها بلا محلل كما تقدم آخر باب الصريح ، واحترز بالنافذ عن الموقوف ؛

كما سنحققه (بها) أى بالثلاث (لو حرة وثنتين لو أمة) ولو قبل الدخول ، وما فى المشكلات باطل أو مؤول كما مر (حتى يطأها غيره ولو) الغـير (مراهقا) يجامع مثله ، وقدره شيخ الإسلام بعشر سنين ،

فنى نكاح الرقيق من الفتاوى الهندية عن المحيط : إذا تزوج العبد أو المكاتب أو المدبر أو ابن أم الولد بلا إذن المولى ثم طلقها ثلاثا قبل إجازة المولى فهذا الطلاق متاركة النكاح لاطلاق على الحقيقة حتى لاينقص من عدد الطلاق فإن أجاز المولى النكاح بعد لانعمل إجازته ، وإن أذن له بتزوجها بعده كرهت له تزوجها ولم أفرق بينهما اه (قوله كما سنحققه) أى فى باب العدة حيث قال هناك : والخلوة فى النكاح الفاسد لاتوجب العدة ، والطلاق فيه لاينقص عدد الطلاق لأنه فسخ جوهرة اه ولم يذكر الموقوف هناك لأنه من أقسام الفاسد . ويحتمل أن مراده مايأتى قريبا من قوله خرج الفاسد والموقوف الخ فإنه وإن كان فى المحلل لكنه يفهم أنه فى الذى طلق غير معتبر أيضا وليس مراده الإشارة إلى تحقيق مايأتى بعده من قوله ثم هذا كله فرع صحة النكاح الأول الخ . لأن مراده به صحته فى المذاهب كلها كما ستعرفه ، وليس مما نحن فيه فافهم (قوله وما فى المشكلات) حيث قال : من طلق امرأته قبل الدخول بها ثلاثا فله أن يتزوجها بلا تحليل ، وأما قوله تعالى — فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره — فنى المدخول بها (قوله باطل) أى إن حمل على ظاهره ، ولذا قال فى الفتح إنه زلة عظيمة مصادمة للنص والإجماع لايحل لمسلم رآه أن ينقله فضلا عن أن يعتبره ، لأن فى نقله إشاعته ، وعند ذلك ينفتح باب الشيطان فى تخفيف الأمر فيه . ولا يخفى أن مثله مما لايسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والإجماع ، نعوذ بالله من الزيغ والضلال ، والأمر فيه من ضروريات الدين لايبعد إكفار مخالفه اه .

أقول : وإياك أن تغتر بماذكره الزاهدى فى آخر الحاوى فى أول كتاب الحيل فإنه عقد فيه فصلا فى حيلة تحليل المطلقة ثلاثا ، وذكر فيه هذه المسألة غير قابلة للتأويل الآتى ، وذكر حيلا كثيرة كلها باطلة مبنية على ما يأتى رده من الاكتفاء بالعقد بدون وطء (قوله أو مؤول) أى بما قاله العلامة البخارى فى شرحه [غرر الأذكار على درر البحار] ولا يشكل مافى المشكلات ، لأن المراد من قوله ثلاثا ثلاث طلقات متفرقات ليوافق مافى عامة الكتب الحنفية اه وقدمنا تأييد هذا التأويل بجواب صاحب المشكلات عن الآية ، فإن الطلاق ذكر فيها مفرقا مع التصريح فيها بعدم الحل ، فأجاب بأنها فى المدخول بها فافهم (قوله كما مر) أى فى أول باب طلاق غير المدخول بها (قوله حتى يطأها غيره) أى حقيقة أو حكما ، كما لو تزوجت بمجبوب فحبلت منه كما سيأتى ، وشمل مالو وطئها حائضا أو محرمة ، وشمل ما لو طلقها أزواج كل زوج ثلاثا قبل الدخول فتزوجت بآخر ودخل بها تحل للكل بحر ، ولابد من كون الوطء بالنكاح بعد مضى عدة الأول لو مدخولا بها ، وسكت عنه لظهوره .

ثم اعلم أن اشتراط الدخول ثابت بالإجماع فلا يكفى مجرد العقد . قال القهستانى : وفى الكشف وغيره من كتب الأصول أن العلماء غير سعيد بن المسيب اتفقوا على اشتراط الدخول . وفى الزاهدى أنه ثابت بإجماع الأمة . وفى المنية أن سعيدا رجع عنه إلى قول الجمهور ، فمن عمل به يسود وجهه ويبعد ، ومن أفتى به يعزر ، وما نسب إلى الصدر الشهيد فليس له أثر فى مصنفاته بل فيها نقيضه . وذكر فى الخلاصة عنه أن من أفتى به فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، فإنه مخالف الإجماع ولاينفذ قضاء القاضى به وتمامه فيه (قوله ولو مراهقا) هو الدانى من البلوغ نهر ولابد أن يطلقها بعد البلوغ لأن طلاقه غير واقع در منتقى عن التاترخانية (قوله يجامع مثله) تفسير للمراهق ذكره فى الجامع ، وقيل هو الذى تتحرك آلته ويشتهى النساء كذا فى الفتح ، ولا يخفى أنه لاتنافى بين القولين نهر . والأولى أن يكون حرا بالغا : فإن الإنزال شرط عند مالك كما فى الخلاصة .

أو خصياً ، أو مجنونا ، أو ذميا لذمية (بنكاح) نافذ خرج الفاسد والموقوف ، فلو نكحها عبد بلا إذن سيده ووطئها قبل الإجازة لايحلها حتى يطأها بعدها :

ومن لطيف الحيل أن تزوج لمملوك مراهق بشاهدين ، فإذا أولج يملكه لها فيبطل النكاح ثم تبعثه لبلد آخر فلا يظهر أمرها ، لكن على رواية الحسن المفتى بها .

مطلب مال أصحابنا إلى بعض أقوال مالك رحمه الله ضرورة

فالأولى الجمع بين المذهبين لأنه كالتلميذ لأبي حنيفة ولذا مال أصحابنا إلى بعض أقواله ضرورة كما في ديباجة المصفى قهستاني :

وفي حاشية الفتال : وذكر الفقيه أبو الليث في تأسيس النظائر أنه إذا لم يوجد في مذهب الإمام قول في مسألة يرجع إلى مذهب مالك لأنه أقرب المذاهب إليه اهـ (قوله أو خصيا) بفتح الخاء : وهو من قطعت خصيتاه ، وإنما جاز تحليله لوجود الآلة ط (قوله أو مجنونا) بنونين ح ، وفي نسخة أو مجبوبا بباءين : وهو الذي لم يبق له شيء يولجه في محل الختان ، لكن شرط تحليله أن تحبل منه كما يأتي (قوله أو ذميا لذمية) أي ولو كان التحليل لأجل زوجها المسلم كما في البحر (قوله خرج الفاسد والموقوف) أي خرجا بقيد النافذ . وفيه أن الفاسد يقابل الصحيح لا النافذ ، لأن النافذ من العقود ما لايتوقف على إجازة غير العاقد فالبيع بشرط فاسد نافذ بالمعنى المذكور ، نعم الموقوف فيه طريقان للمشايخ ، قيل هو قسم من الصحيح ، وقيل من الفاسد كما سيأتي تحقيقه في البيوع إن شاء الله تعالى فعلى الطريق الثاني كل موقوف فاسد ولا عكس لغويا ، ويقال أيضا كل صحيح نافذ ولا يصح العكس على الطريقين فافهم ، وبه علم أنه كان ينبغي للمصنف متابعة الكنز وغيره في التعبير بنكاح صحيح ، فيخرج الفاسد وكذا الموقوف على أحد الطريقين . وقد يجاب بأن النكاح المطلق هو الصحيح فيخرج به الفاسد (قوله ووطئها قبل الإجازة لايحلها) أي وإن أجاز بعد ، ولعل وجهه أن النكاح المشروط بالنص ينصرف إلى الكامل لأنه المعهود شرعا بخلاف الفاسد والموقوف (١) . وإلا فقد صرحوا بأن الموقوف ينعقد سببا في الحال ويتأخر حكمه إلى وقت الإجازة فيظهر بها الحل من وقت العقد .

مطلب حيلة إسقاط عدة المحلل

(قوله ومن لطيف الحيل الخ) أي حيل التحليل على وجه يؤمن فيه من علوقها منه ، ومن امتناعها من طلاقها ، ومن ظهور أمر التحليل بين الناس ، بخلاف ما إذا كان حرا بالغا (قوله لكن الخ) استدراك على هذه الحيلة :

وحاصله أنها إنما تتم على ظاهر المذهب من أن الكفاءة في النكاح ليست بشرط للانعقاد ، أما على رواية الحسن المفتى بها من أنها شرط فلا يحلها الرقيق لعدم الكفاءة إن كان لها ولي لم يرض بذلك وإلا بأن لم يكن لها ولي أصلا أو كان ورضي فيحلها اتفاقا كما مر في باب الكفاءة ، وهذا أحد وجهين أو ردهما الإمام الحلواني . ثانيهما كما في البزازية أن المراهق فيه خلاف ، فلعله يرفع إلى حاكم يرى مذهب من لا يقول بالصحة فيفسخه فلا يحصل المرام اهـ

---

(١) (قوله بخلاف الفاسد والموقوف الخ) انظر هذا مع قوله فيظهر بها الحل ، فإنه بظهور الحل يظهر الكمال أيضا . قال شيخنا : إلا أن الإسناد لا يؤثر في الأحكام المتلاشية بل تأثيره قاصر على القائم والآتي ، فحينئذ لا يحكم على الوطء الماضي بالكمال اهـ .

أنه لايحلها لعدم الكفاءة أن لها ولى وإلا فيحلها اتفاقا كما مر (وتمضى عدته) أى الثانى (لابملك يمين) لاشتراط الزوج بالنص، فلا يحلها وطء المولى ولا ملك أمة بعد طلقتين أو حرة بعد ثلاث وردة وسبى، نظيره من فرق بينهما بظهار أو لعان ثم ارتدت وسبيت ثم ملكها لم تحل له أبدا (والشرط التيقن بوقوع الوطء فى المحل) المتيقن به ، فلو كانت صغيرة لايوطأ مثلها لم تحل للأول وإلا حلت وإن أفضاها بزازية .

(قوله أنه لايحلها) الأولى حذف أنه (قوله وتمضى عدته) ذكر بعض الشافعية حيلة لإسقاط العدة، بأن تزوج بصغير لم يبلغ عشر سنين ويدخل بها مع انتشار آلته ويحكم بصحة النكاح شافعى ثم يطلقها الصبى ويحكم حنبلى بصحة طلاقه وأنه لاعدة عليها، أما لو بلغ عشرا لزمت العدة عند الحنبلى أو يطلقها وليه إذا رأى فى ذلك المصلحة ويحكم به مالكى وبعدم وجوب العدة بوطئه ثم يتزوجها الأول ويحكم شافعى بصحته لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف بعد تقدم الدعوى مستوفيا شرائطه فتحل للأول اه .

قلت: ومن شروطه أن لايأخذ على الحكم مالا وفى قوله ويحكم به مالكى (١) مخالفة لما قدمناه من اشتراط الإنزال عند مالك ، وكأنه قول آخر (قوله أى الثانى) أى النكاح الثانى ويجوز أن يراد بالزوج الثانى وعليه جرى الزيلعى لكنه مجاز . قال العينى والأول أقرب . والثانى أظهر نهر (قوله لابملك يمين) عطف على قوله بنكاح نافذ (قوله لاشتراط الزوج بالنص) أى فى قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره ، فإنه جعل غاية لعدم الحل الثابت بقوله تعالى — فلا تحل له — فإذا طلق زوجته الأمة ثنتين ثم بعد العدة وطئها مولاها لايحلها للأول ، لأن المولى ليس بزوج (قوله ولا ملك أمة الخ) عطف على قوله وطء المولى: أى لو طلقها ثنتين وهى أمة ثم ملكها أو ثلاثا وهى حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لايحل له وطؤها بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها كما فى الفتح . ثم لايخفى أن هذه المسألة لم يشملها كلام المصنف لامنطوقا ولا مفهوما فلا يصح تفريعها على قوله لابملك يمين ، لأن معناه لاينكحها المطلق حتى يطأها غيره بالنكاح لابملك اليمين ، فالمشروط وطؤه بالنكاح لابالملك هو الغير لانفس المطلق بل يصح تفريع الأولى وهى عدم حلها للمطلق بوطء المولى، نعم لو قال المصنف فيما مر لاينكح ولا يطأ بملك يمين الخ لصح تفريع هذه أيضا كما أفاده ح ، فيتعين جعله تفريعا على قوله لاشتراط الزوج بالنص ؛ فإن الزوج المشروط بالنص جعل غاية لعدم الحل كما علمت ، وهو شامل لعدم الحل بنكاح أو ملك يمين ، فيصح تفريع المسألتين عليه فافهم (قوله من فرق بينهما) أراد بالتفريق المنع عن الوطء من عموم المجاز فيشمل القاطع للنكاح وغيره فلا يرد أنه لاتفريق فى الظهار فافهم (قوله لم تحل له أبدا) أى ما لم يكفر فى الظهار ويكذب نفسه أو تصدقه فى اللعان ح فوجه الشبه بين المسألتين أن الردة واللحاق والسبى لم تبطل حكم الظهار واللعان كما لم تبطل حكم الطلاق (قوله فى المحل المتيقن) هو محل غيبوبة الحشفة من القبل (قوله فلو كانت صغيرة) محترز قوله والشرط التيقن بوقوع الوطء ، وقوله فلو وطئ مفضاة تفريع على قوله فى المحل المتيقن ، وكان عليه عطفه بالواو (قوله لم تحل للأول) لأن قبلها لاتغيب فيه الحشفة ، ولذا لم يجب الغسل بمجرد وطئها ولم تثبت به حرمة المصاهرة حتى حل لو وطئها تزوج بنتها (قوله وإلا) أى بأن كانت صغيرة يوطأ مثلها حلت للأول لوجود الشرط وهو الوطء فى محله المتيقن الموجب للغسل كما يأتى وإن أفضاها بهذا الوطء لأن الإفضاء حصل بعد الوطء المعتبر شرعا ، بخلاف المفضاة قبله لحصول الشك فى كون الوطء فى القبل أو فى الدبر ، وهذا الشك حاصل قبل الوطء لابعده فافهم (قوله بزازية) لم أر فيها قوله وإن أفضاها ؛ نعم رأيته فى الفتح والنهر

---

(١) (قوله وفى قوله ويحكم به مالكى الخ) لامخالفة أصلا، لأن المالكى لم يحكم بالتحليل بوطء الصبى بل إنما حكم بصحة طلاق الولى فقط اه

(فلو وطئ مفضاة لاتحل له إلا إذا حبلت) ليعلم أن الوطء كان فى قبلها (كما لو تزوجت بمجبوب) فإنها لاتحل حتى تحبل لوجود الدخول حكما حتى يثبت النسب فتح ، فالاقتصار على الوطء قصور إلا أن يعمم بالحقيقى والحكمى .

(والإيلاج فى محل البكارة يحلها والموت عنها لا) كما فى القنية . واستشكله المصنف : وفى النهر : وكأنه ضعيف لما فى التبيين : يشترط أن يكون الإيلاج موجبا للغسل وهو التقاء الختانين بلا حائل يمنع الحرارة ، وكونه عن قوة نفسه فلا يحلها من لايقدر عليه إلا بمساعدة اليد

(قوله إلا إذا حبلت الخ) قال فى الدر المنتقى : وقد نظم الفقيه الأجل سراج الدين أبو بكر على بن موسى الهاملى رحمه الله ذلك نظما جيدا فقال :

وفى المفضاة مسألة عجيبه ... لدى من ليس يعرفها غريبه
إذا حرمت على زوج وحلت ... لثان نال من وطء نصيبه
فطلقها فلم تحبل فليست ... حلالا للقديم ولا خطيبه
لشك أن ذاك الوطء منها ... بفرج أو شكيلته القريبه
فإن حبلت فقد وطئت بفرج ... ولم تبق الشكوك لنا مريبه

(قوله فإنها لاتحل حتى تحبل الخ) هذه العبارة عزاها المصنف فى المنح للبزازية . والذى فى الفتح هكذا : فلا تحل بسحقه حتى تحبل ، ثم قال : وفى التجريد لو كان مجبوبا لم تحل فإن حبلت وولدت حلت للأول عند أبى يوسف خلافا لمحمد اهـ (قوله حتى يثبت) برفع يثبت على أن حتى ابتدائية (قوله فالاقتصار على الوطء قصور الخ) أى اقتصار المتون على قولهم حتى يطأها غيره ، وهذا مأخوذ من المصنف فى المنح . وقال الرحمتى جعله قصورا مع أنه هو الذى عليه المتون والشروح ؛ ويشهد له حديث العسيلة الذى ثبت به الحكم ، وما تمسك به رواية عن أبى يوسف لم تعتمد فترجيحها على ماهو المذهب هو القصور اهـ .

قلت : لكن جزم به فى الخانية وغيرها : وكذا فى الفتح كما علمت ، ونقله الزيلعى عن الغاية وقال خلافا لزفر ، ومثله فى البدائع ، وهذا يفيد اعتماد قول أبى يوسف ، نعم الأوجه قول محمد وزفر ولا ينافيه ثبوت النسب فإنه يعتمد قيام الفراش وإن لم يوجد وطء حقيقة ، والتحليل يعتمد الوطء لامجرد العقد المثبت للنسب فإنه خلاف الإجماع كما تقدم ، ويلزم على هذا ثبوت التحليل بتزوج مشرقى بمغربية جاءت بولد لستة أشهر لثبوت نسبه مع العلم بعدم الوطء ، وما ذاك إلا لكون النسب مما يحتال لإثباته بما أمكن ولو توهما عملا بنص «الولد للفراش» وإقامة للعقد مقام الوطء كالخلوة الموجبة للعدة . وأما التحليل فقد شدد الشرع فى ثبوته ، ولذا قالوا إن شرعيته لإغاظة الزوج عومل بما يبغض حين عمل أبغض مايباح فلذا اشترطوا فيه الوطء الموجب للغسل بإيلاج الحشفة بلا حائل فى المحل المتيقن ؛ احترازا عن المفضاة والصغيرة من بالغ أو مراهق قادر عليه بعقد صحيح لافاسد ولا موقوف ولا بملك يمين (قوله والموت عنها لا) أى لو مات عنها قبل الوطء لايحلها للأول وإن كان الموت كالدخول فى إيجاب العدة وتقرير المهر المسمى ، لأن الشرط هنا الوطء (قوله واستشكله المصنف) الضمير يرجع إلى الإحلال المفهوم من قول المصنف يحلها ، وأصل الإشكال لصاحب البحر ، فإنه قال بعد ذكر هذا الفرع مع أنه نقل فى المحيط من كتاب الطهارة أنه لو أتى امرأة وهى عذراء لاغسل عليه مالم ينزل لأن العذرة مانعة من مواراة

إلا إذا انتعش وعمل ولو في حيض ونفاس وإحرام وإن كان حراما وإن لم ينزل ، لأن الشرط الذوق لاالشبع .

قلت : وفي المجتبى : الصواب حلها بدخول الحشفة مطلقا ؛ لكن في شرح المشارق لابن ملك : لو وطئها وهي نائمة لايحلها للأول لعدم ذوق العسيلة ، وينبغي أن يكون الوطء في حالة الإغماء كذلك .

(وكره) التزوج للثاني (تحريما) لحديث لعن المحلل والمحلل له (بشرط التحليل) كتزوجتك على أن أحللك

الحشفة اه أي ولا يحلها الوطء الموجب للغسل ط . وأجاب الرحمتي والسائحاني بحمل مافي القنية على ما إذا أزال البكارة بقرينة الإيلاج فإنه لايكون بدونه . وفيه أن عبارة القنية هكذا إذا أولج إلى مكان البكارة وحمل «إلى» على معنى «في» بعيد . ثم لايخفى أن ماينفرد به صاحب القنية لايعتمد عليه كيف وهو مخالف لما في المشاهير كقول الهداية والشرط الإيلاج ؛ وقول الفتح بقيد كونه عن قوة نفسه وإن كان ملفوفا بخرقة إذا كان يجد حرارة المحل الخ مايأتي عن التبيين ، وكذا مامر عن البزازية ومسألة المفضاة وبعد اعتراف المصنف بإشكاله ماكان ينبغي له جعله متنا (قوله إلا إذا انتعش وعمل) هذا لم يذكره في التبيين ، نعم ذكره في الفتح والنهر . والظاهر أن الاستثناء منقطع لأن الانتعاش الانتهاض ، والمراد به وبالعمل أن يكون له نوع انتشار يحصل به إيلاج كي لايكون بمنزلة إدخال خرقة في المحل فإنه ربما لايحصل به التقاء الختانين ؛ ولذا قال بعد ذلك في الفتح : بخلاف من في آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان فإنها تحل به (قوله ولو في حيض الخ) الأولى حذف هذه الجملة من هنا وذكرها عند قول المصنف حتى يطأها غيره (قوله مطلقا) أي سواء كان الإيلاج بمساعدة اليد أولا .

وعبارة المجتبى : وقيل إيلاج الشيخ الفاني بيده يحلها ، وقيل إذا لم تنتشر آلته فأدخله بيده أو بيدها أو كان الذكر أشل لايحلها بالإيلاج ، والصواب حلها لأنه متعلق بدخول الحشفة اه وأقره في الشرنبلالية ، وهو خلاف مامشى عليه الزيلعي وابن الهمام وصاحب النهر كما مر . وفيه أن الحل معلق بذوق العسيلة كما علمت فتأمل (قوله لكن في شرح المشارق الخ) فيه أن هذا الكتاب ليس موضوعا لنقل المذهب ، وإطلاق المتون والشروح يرده وذوق العسيلة للنائمة موجود حكما ألا ترى أن النائم إذا وجد البلل يجب عليه الغسل وكذا المغمى عليه مع أن خروج المني لايوجبه إلا مع وجود اللذة ؛ وماذاك إلا لوجودها حكما لأنه ربما حصلت وذهل عنها بثقل النوم والإغماء ، وقد تقدم أن المجنون يحلها والجنون فوق الإغماء والنوم رحمتي .

قلت : ورأيت في معراج الدراية : ووطء النائمة والمغمى عليه يحل عندنا وفي أحد قولي الشافعي اه هكذا رأيته في نسخة سقيمة فلتراجع نسخة أخرى . ثم لايخفى أن نومه وإغماءه كنومها وإغمائها ، لكن إذا قلنا(١) إن إيلاج الشيخ الفاني لايحلها مالم ينتعش ويعمل يلزم أن يكون مثله النائم والمغمى عليه وكذا في جانبها ، نعم على تصويب المجتبى من الاكتفاء بدخول الحشفة يظهر الإحلال في الكل فتأمل (قوله وكره التزوج للثاني) كذا في البحر : لكن في القهستاني : وكره للأول والثاني ، وعزاه محشي مسكين إلى الحموي عن الظهيرية . وينبغي أن يزاد المرأة بل هي أولى من الأول في الكراهة ، لأن العقد بشرط التحليل إنما جرى بينها وبين الثاني ، والأول ساع في ذلك ومتسبب والمباشر أولى من المتسبب ولفظ الحديث يشمل الكل ؛ فإن المحلل له يصدق على المرأة أيضا (قوله لحديث لعن المحلل والمحلل له) بإضافة حديث إلى لعن ، فهو حكاية للمعنى ، وإلا فلفظ الحديث كما في الفتح « لعن الله المحلل والمحلل له » وهو كذلك في بعض النسخ (قوله بشرط التحليل) تأويل للحديث بحمل

---

(١) (قوله لكن إذا قلنا الخ) فيه أن إيلاج الشيخ الفاني لايفيد لذة أصلا ، بخلاف النائم الخ فإن فيه لذة كإيلاج المستيقظ ، غاية الأمر أنه بالنوم أو الإغماء يحصل ذهول عنها ولم يقل أحد باشتراط تذكرها ، فقوله يلزم أن يكون مثله النائم الخ غير مناسب للفرق الجلي بين المسألتين وقد تقدم له قريبا مايفيد هذا الفرق اه .

(وإن حلت للأول) لصحة النكاح وبطلان الشرط فلا يجبر على الطلاق كما حققه الكمال ، خلافا لما زعمه البزازي.
ومن لطيف الحيل قوله إن تزوجتك وجامعتك أو وأمسكتك فوق ثلاث مثلا فأنت بائن . ولو خافت أن لايطلقها تقول زوجتك نفسي على أن أمري بيدي زيلعي ، وتمامه في العمادية (أما إذا أضمرا ذلك لا) يكره (وكان) الرجل (مأجورا) لقصد الإصلاح وتأويل اللعن إذا شرط الأجر ذكره البزازي

اللعن على ذلك ، ويأتي تمام الكلام عليه (قوله وإن حلت للأول الخ) هذا قول الإمام . وعن أبي يوسف أنه يفسد النكاح لأنه في معنى المؤقت لايحلها . وعن محمد يصح ولا يحلها لأنه استعجل ماأخره الشرع كما في قتل المورث هداية (قوله خلافا لما زعمه البزازي) حيث قال : زوجت المطلقة نفسها من الثاني بشرط أن يجامعها ويطلقها لتحل للأول . قال الإمام : النكاح والشرط جائزان حتى إذا أبى الثاني طلاقها أجبره القاضي على ذلك وحلت للأول اه وهو مأخوذ من روضة الزندوستي . قال في النهر : قال الإمام ظهير الدين : هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب كذا في العناية وفي فتح القدير ، هذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية ، ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه مع كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لأنه لاشك أنه شرط في النكاح لايقتضيه العقد وهو مما لايبطل بالشروط الفاسدة ، بل يبطل الشرط ويصح ، فيجب بطلان هذا وأن لايجبر على الطلاق اه (قوله أو وأمسكتك) أي أو يقول إن تزوجتك وأمسكتك ، وهذا إذا خافت إمساكها مطلقا ؛ والأول إذا خافت إمساكها بعد الجماع (قوله ولو خافت الخ) الأولى أو تقول زوجتك الخ لأن الحيلتين السابقتين سببهما الخوف المذكور ط (قوله وتمامه في العمادية) حيث قال : ولو قال لها تزوجتك على أن أمرك بيدك فقبلت جاز النكاح ولغا الشرط ، لأن الأمر إنما يصح في الملك أو مضافا إليه ولم يوجد واحد منهما بخلاف مامر فإن الأمر صار بيدها مقارنا لصيرورتها منكوحة اه نهر وقدمناه قبل فصل المشيئة .

والحاصل أن الشرط صحيح إذا ابتدأت المرأة لا إذا ابتدأ الرجل ولكن الفرق خفي(١) نعم يظهر على القول بأن الزوج هو الموجب تقدم أو تأخر والمرأة هي القابلة كذلك تأمل (قوله أما إذا أضمرا ذلك) محترز قوله بشرط التحليل (قوله لايكره) بل يحل له في قولهم جميعا قهستاني عن المضمرات (قوله لقصد الإصلاح) أي إذا كان قصده ذلك لامجرد قضاء الشهوة ونحوها .

وأورد السروجي أن الثابت عادة كالثابت نصا أي فيصير شرط التحليل كأنه منصوص عليه في العقد فيكره . وأجاب في الفتح بأنه لايلزم من قصد الزوج ذلك أن يكون معروفا بين الناس ، إنما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشتهرا به اه تأمل (قوله وتأويل اللعن الخ) الأولى أن يقول وقيل تأويل اللعن الخ كما هو عبارة البزازية ولا سيما وقد ذكره بعد مامشى عليه المصنف من التأويل المشهور عند علمائنا ليفيد أنه تأويل آخر وأنه ضعيف. قال في الفتح : وهنا قول آخر ، وهو أنه مأجور وإن شرط لقصد الإصلاح ، وتأويل اللعن عند هؤلاء إذا شرط الأجر على ذلك اه .

قلت : واللعن على هذا الحمل أظهر لأنه كأخذ الأجرة على عسب التيس وهو حرام . ويقربه أنه عليه الصلاة والسلام سماه التيس المستعار .

---

(١) (قوله ولكن الفرق خفي) قال شيخنا : لعل وجهه هو أن قول المرأة على أن أمري بيدي لاغ لكونه قبل النكاح فلايؤثر قبول الزوج فيه ، وليس صحيحا موقوفا على الاجازة حتى يكون القبول تأثير فساوى بدء الزوج اه .

ثم هذاكله فرع صحة النكاح الأول ، حتى لوكان بلا ولى بل بعبارة المرأة أو بلفظ هبة أو بحضرة فاسقين ثم طلقها ثلاثا وأراد حلها بلا زوج

وأورد على التأويل الأول أنه مع اشتراط التحليل مكروه تحريما ، وفاعل الحرام لا يستوجب اللعن ففاعل المكروه أولى :

مطلب فى حكم لعن العصاة

أقول : حقيقة اللعن المشهورة هى الطرد عن الرحمة ، وهى لا تكون إلا لكافر ، ولذا لم تجز على معين لم يعلم موته على الكفر بدليل وإن كان فاسقا متهورا كيزيد على المعتمد ، بخلاف نحو إبليس وأبى لهب وأبى جهل فيجوز وبخلاف غير المعين كالظالمين والكاذبين فيجوز أيضا ، لأن المراد جنس الظالمين وفيهم من يموت كافرا ، فيكون اللعن لبيان أن هذا الوصف وصف الكافرين للتنفير عنه والتحذير منه لا لقصد اللعن على كل فرد من هذا الجنس لأن لعن الواحد المعين كهذا الظالم لا يجوز فكيف كل فرد من أفراد الظالمين ، وإذا كان المراد الجنس لما قلنا من التنفير والتحذير لا يلزم أن تكون تلك المعصية حراما من الكبائر ، خلافا لمن أناط اللعن بالكبائر فإنه ورد اللعن فى غيرها كلعن المصورين ، ومن أم قوما وهم له كارهون ، ومن سل سخيمته : أى تغوط على الطريق ، والمرأة السلتاء أى التى لا تخضب يديها والمرهاء أى التى لا تكتحل ، والمرأة إذا خرجت من دارها بغير إذن زوجها وناكح اليد ، وزائرات القبور ، ومن جلس وسط الحلقة وغير ذلك ، ومنه ماهنا ، هذا ماظهر لى ، لكن يشكل على منع لعن المعين مشروعية اللعان وفيه لعن معين ؛ نعم يجاب بأنه معلق على تقدير كونه كاذبا لكنه لا يخرج عن لعن معين تأمل :

ثم رأيت فى لعان القهستانى قال : اللعن فى الأصل الطرد . وشرعا فى حق الكفار الإبعاد من رحمة الله تعالى وفى حق المؤمنين الإسقاط عن درجة الأبرار اهـ .

وفى لعان البحر : فإن قلت : هل يشرع لعن الكاذب المعين . قلت : قال فى غاية البيان من باب العدة : وعن ابن مسعود أنه قال : من شاء باهلته ، والمباهلة : الملاعنة ، وكانوا يقولون إذا اختلفوا فى شىء بهلة الله على الكاذب منا ، قالوا : هى مشروعة فى زماننا أيضا اهـ . وعن هذا قيل إن المراد باللعن فى مثل ذلك الطرد عن منازل الأبرار لا عن رحمة العزيز الغفار . وقيل إن الأشبه أن حقيقة اللعن هنا ليست بمقصودة بل المقصود إظهار خساسة المحلل بالمباشرة والمحلل له بالعود إليها بعد مضاجعة غيره ، وعزاه القهستانى فى الكشف ثم قال : وفيه كلام فتأمل اهـ ولعل وجهه أنه لو كان كذلك لا يلزم كونه مكروها تحريما (قوله ثم هذا كله) أى كل ما مر من لزوم التحليل بالشروط المارة وكراهة التصريح بالشرط (قوله فرع صحة النكاح) كذا عبر فى النهر ، والمراد صحته باتفاق الأئمة لا صحته عندنا بقرينة مابعده فافهم ، وقد مر أنه لو كان فاسدا أو موقوفا لا يلزم التحليل بل تحل بدونه وإن كره ، وهل تقبل دعواه الفساد عندنا لإسقاط التحليل ؟ لم أره الآن ، نعم يأتى آخر الباب أنه لو ادعى بعد الثلاث أنه طلقها واحدة قبل وانقضت عدتها لا يصدقان ، وستأتى هذه المسألة فى العدة وتأتى هناك حادثة الفتوى فى ذلك فراجعها (قوله أو بحضرة فاسقين) أى تحقق فسقهما وإلا فظاهر العدالة يكفى عند الشافعى فافهم.

يرفع الأمر لشافعي فيقضي به وببطلان النكاح : أي في القائم والآتي لا في المنقضي بزازية . وفيها قال الزوج الثاني كان النكاح فاسداً أو لم أدخل بها وكذبته فالقول لها ،

مطلب في حيلة إسقاط التحليل بحكم شافعي بفساد النكاح الأول

(قوله يرفع الأمر لشافعي الخ) أقول : الذي عليه العمل عند الشافعية هو ماحرره ابن حجر في التحفة من أن الحاكم لايحكم بفسخ النكاح بالنسبة لسقوط التحليل ، وذلك أنه ذكر أن الزوجين لو توافقا أو أقاما بينة بفساد النكاح لم يلتفت لذلك بالنسبة لسقوط التحليل لأنه حق الله تعالى ، نعم يجوز لهما العمل به باطنا ، لكن إذا علم بهما الحاكم فرق بينهما ثم قال في موضع آخر : وحينئذ فمن نكح مختلفا فيه ، فإن قلدا القائل بصحته أو حكم بها من يراها ثم طلق ثلاثا تعين التحليل وليس له تقليد من يرى بطلانه لأنه تلفيق للتقليد في مسألة واحدة وهو ممتنع قطعا وإن انتفى التقليد والحكم لم يحتج لمحلل ، نعم يتعين أنه لو ادعى بعد الثلاث عدم التقليد لم يقبل منه لأنه يريد بذلك رفع التحليل الذي لزمه باعتبار ظاهر فعله . وأيضا ففعل المكلف يصان عن الإلغاء لاسيما إن وقع منه مايصرح بالاعتداد به كالتطليق ثلاثا هنا اهـ . والذي تحرر من كلاميه أن الزوج إن علم بفساد النكاح فإن قلد القائل بصحته أو حكم بها حاكم يراها لايسقط التحليل وإلا سقط وله تجديد العقد بعد الثلاث ديانة ، وإذا علم به الحاكم فرّق بينهما ؛ ولو ادعى عدم التقليد لم يصدقه الحاكم . وإذا علمت ذلك علمت أنه لافائدة في قول الشارح تبعا لغيره يرفع الأمر لشافعي إذ لايحكم الشافعي بسقوط التحليل ولا يقبل مايسقطه ، لكن قال ابن قاسم في حاشية التحفة إن له تقليد الشافعي والعقد بلا محلل ، لأن هذه قضية أخرى فلا تلفيق مالم يحكم بصحة التقليد الأول حاكم اهـ.

قلت : لكن هذا في الديانة ، لما علمت من أن الحاكم يفرق بينهما إذا علم به ، لأن التحليل حق الله تعالى ، نعم صرح شيخ الإسلام زكريا في شرح منهجه بأن الزوجين لو اختلفا في المسمى ومهر المثل وأقيمت بينة على فساده يثبت مهر المثل ويسقط التحليل تبعا اهـ لكن استظهر ابن حجر عدم سقوطه ، والله أعلم .

فإن قلت : يمكن الحكم به عندنا على قول محمد باشتراط الولي . قلت : لايمكن في زماننا لأنه خلاف المعتمد في المذهب والقضاة مأمورون بالحكم بأصح الأقوال . على أنه نقل في التاترخانية أن شيخ الإسلام سئل هل يصح القضاء به فقال لا أدري ، فإن محمدا وإن شرط الولي ، لكنه قال لو طلقها ثم أراد أن يتزوجها فإني أكره له ذلك اهـ أي فإن لفظ أكره قد يستعمل من المجتهد في الحرام (قوله فيقضي به) أي بحلها للأول ، وقوله وببطلان النكاح عطف سبب على مسبب فإن قضاءه ببطلان النكاح الأول سبب لحلها بلا زوج آخر اهـ وإنما ذكر القضاء لتصير الحادثة الخلافية كالمجمع عليها ط وقدمنا في باب التعليق مايتبغي استذكاره هنا ولا نعيده لقرب العهد به (قوله أي في القائم والآتي لا في المنقضي) عبارة البزازية على ما في النهر : وبه لايظهر أن الوطء في النكاح الأول كان حراما وأن في الأولاد خبثا لأن القضاء اللاحق كدليل النسخ يعمل في القائم والآتي لا في المنقضي اهـ أي لأن مامضى كان مبنيا على اعتقاد الحل تقليدا لمذهب صحيح . وإنما لزمه العمل بخلافه بعد الحكم الملزوم ، كما لو نسخ حكم إلى آخر لايلزم منه بطلان ما مضى ، ومثله مالو تغير رأي المجتهد . وكذا لو توضأ حنفي ولم ينو وصلى به الظهر ثم صار شافعيا بعد دخول وقت العصر يلزمه إعادة الوضوء بالنية دون ماصلاه به (قوله فالقول لها) كذا في البحر .

وعبارة البزازية : ادعت أن الثاني جامعها وأنكر الجماع حلت للأول وعلى القلب لا اهـ ومثله في الفتاوى

ولو قال الزوج الأول ذلك فالقول له : أى فى حق نفسه (والزوج الثانى يهدم بالدخول) فلو لم يدخل لم يهدم اتفاقا قنية (مادون الثلاث أيضاً) أى كما يهدم الثلاث إجماعا لأنه إذا هدم الثلاث فما دونها أولى خلافا لمحمد ، فمن طلقت دونها وعادت إليه بعد آخر عادت بثلاث لو حرة وثنتين لو أمة . وعند محمد وباقى الأئمة بما بقى وهو الحق فتح ، وأقره المصنف كغيره .

(ولو أخبرت مطلقة الثلاث بمضى عدته وعدة الزوج الثانى) بعد دخوله

الهندية عن الخلاصة ، ويخالف قوله وعلى القلب لا(١) مافى الفتح والبحر : ولو قالت دخل بى الثانى والثانى منكر فالمعتبر قولها وكذا فى العكس اه فتأمل (قوله فالقول له) أى فى حق الفرقة كأنه طلقها لا فى حقها حتى يجب لها نصف المسمى أو كماله إن دخل بها بحر .

مطلب مسألة الهدم

(قوله والزوج الثانى) أى نكاحه نهر (قوله مادون الثلاث) أى يهدم ما وقع من الطلقة أو الطلقتين فيجعلهما كأن لم يكونا ، وما قيل إن المراد أنه يهدم مابقى من الملك الأول فهو من سوء التصور كما نبه عليه الهندى ، أفاده فى النهر (قوله أى كما يهدم الثلاث) تفسير لقوله أيضا (قوله لأنه الخ) جواب عما قاله محمد من أن قوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - جعل غاية لانتهاء الحرمة الغليظة فيهدمها . والجواب أنه إذا هدمها يهدم مادونها بالأولى فهو مما ثبت بدلالة النص ، وتمام مباحث ذلك فى كتب الأصول ، وقولهما مروى عن ابن عمر وابن عباس ، وقول محمد مروى عن عمر وعلى وأبى بن كعب وعمران بن الحصين كما فى الفتح (قوله وهو الحق) ليس هذا فى عبارة الفتح بل ذكره فى التحرير وتبعه فى النهر . وعبارة الفتح بعد ما أطال فى الكلام من الجانبين : فظهر أن القول ماقاله محمد وباقى الأئمة الثلاثة ، ولقد صدق قول صاحب الأسرار ، ومسألة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها (٢) . ويصعب الخروج منها (قوله وأقره المصنف كغيره) أى كصاحب البحر والنهر والمقدسى والشرنبلالى والرملى والحموى وكذا شارح التحرير المحقق ابن أمير حاج ، لكن المتون على قول الإمام ، وأشار فى متن الملتقى إلى ترجيحه ، ونقل ترجيحه العلامة قاسم عن جماعة من أصحاب الترجيح ، ولم يعرج على ماقاله شيخه فى الفتح وكذا لم يعرج عليه فى مواهب الرحمن مع أنه كثيرا مايتبع صاحب الفتح فى ترجيحه (قوله بمضى عدته) أى الزوج الأول أسند العدة إليه لأنه سببها نهر وإلا فالعدة للطلاق (قوله وعدة الزوج الثانى) ليس المراد أنها قالت مضت عدتى من الثانى فقط بل قالت تزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت عدتى كما ذكره فى الهداية لأن قولها مضت عدتى لايفيد ماذكر لوجوبها بالخلوة وبمجردها لا تحل ، ومن ثم قال فى النهاية : إنما ذكر فى الهداية إخبارها مبسوطا ، لأنها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثانى دخل بى ، إن كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق وإلا تصدق ، وفيما ذكرته مبسوطا لاتصدق فى كل حال .

---

(١) (قوله ويخالف قوله وعلى القلب لا الخ) لايخفى أن قول البزازى وعلى القلب لا ، معناه أنه لو ادعى الزوج الثانى الجماع وأنكرته لا تحل للأول ، فهذا اعتبار لقولها كالمسألة الأولى ، وحينئذ فلا مخالفة بين ما فى البزازية والفتح ، فإن قول الفتح وكذا فى العكس أى الحكم فى مسألة العكس كالحكم فى الأصل من اعتبار قول المرأة فيكون قوله وكذا فى العكس مساويا لقول البزازى وعلى القلب لا اه .

(٢) (قوله يعوز فقهها الخ) يعوز بفتح الواو من عوز كفرح ، بمعنى فقد : أى المسألة الخلافية بين كبار الصحابة يفقد فقهها : أى فهمها أى لا يوقف فيها على الواقع بقرينا اه .

(والمدة تحتمله جاز له) أى للأول (أن يصدقها إن غلب على ظنه صدقها) وأقل مدة عدة عنده بحيض شهران ولأمة أربعون يوما مالم تدّع السقط كما مر :

وعن السرخسي : لايحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها لاختلاف الناس فى حلها بمجرد العقد . وعن الإمام الفضلي : لوقالت تزوجني فإني تزوجت غيرك وانقضت عدتى ثم قالت ماتزوجت صدقت إلا أن تكون أقرت بدخول الثانى اه لأنها غير متناقضة بحمل قولها تزوجت على العقد ، وقولها ماتزوجت معناه مادخل بى ، فإذا أقرت بالدخول ثبت تناقضها كما أفاده فى الفتح ، ويأتى تمامه (قوله له أن يصدقها) لأنه إما من المعاملات لكون البضع متقوما عند الدخول أو الديانات لتعلق الحل به وقول الواحد مقبول فيهما درر (قوله إن غلب على ظنه صدقها) أشار به إلى أن عدالتها ليست شرطا ولهذا قال فى البدائع وكافى الحاكم وغيرهما : لابأس أن يصدقها إن كانت ثقة عنده أووقع فى قلبه صدقها اه . وكذا لو قالت منكوحة رجل لآخر طلقنى زوجى وانقضت عدتى جاز تصديقها إذا وقع فى ظنه عدلة كانت أم لا ، ولو قالت نكاحى الأول فاسد لاولو عدلة كذا فى البزازية بحر (قوله وأقل مدة عدة عنده) أى عند الإمام ، وهذا بيان لقوله والمدة تحتمله فلا احتمال فيما دون ذلك (قوله بحيض) متعلق بقوله عدة ، وهذا أولى مما قيل : أى بسبب كون المرأة حائضا فافهم ، واحترز به عن العدة بالأشهر فى حق ذوات الأشهر فإن عدتها ليس لها أقل وأكثر بل هى ثلاثة أشهر لو حرة ونصفها لو أمة (قوله شهران) أى ستون يوما عنده لأنه يجعله مطلقا فى أول الطهر حذرا من وقوع الطلاق فى طهر وطىء فيه ، فيحتاج إلى ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين وثلاث حيض بخمسة عشر حملا للطهر على أقله والحيض على وسطه لأن اجتماع أقلهما فى مدة واحدة نادر ، وهذا على تخريج محمد لقول الإمام : أما على تخريج الحسن فيجعله مطلقا فى آخر الطهر حذرا من تطويل العدة عليها فيحتاج إلى طهرين بثلاثين وثلاث حيض بثلاثين حملا للطهر على أقله والحيض على أكثره ليعتد لا وتحتاج إلى مثلها فى عدة الزوج الثانى وزيادة طهر على تخريج الحسن فتصدق فى مائة وخمسة وثلاثين يوما ، وعلى تخريج محمد فى مائة وعشرين يوما(١) اه أفاده ح .

قلت : والمراد بزيادة الطهر هو الطهر الذى تزوجها فيه الثانى وطلقها فى آخره ، لكن يلزم على هذا التخريج وقوع الطلاق فى طهر وطئها فيه إذ لابد من دخوله بها تأمل ، وهذا يؤيد تخريج محمد (قوله ولأمة أربعون) عطف على محذوف ، كأنه قال لحرة شهران ولأمة أربعون يوما : أى على تخريج محمد طهران بثلاثين وحيضتان بعشرة ، وعلى تخريج الحسن خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر وحيضتان بعشرين ، فتصدق بثمانين يوما على تخريج محمد وخمسة وثمانين يوما على تخريج الحسن ، وتمام التفصيل وحكاية الخلاف فى التبيين ح (قوله مالم تدع السقط) أى من الزوج الأول ، لأنه يمكن إسقاطها فى يوم الطلاق فتنقضى عدتها به ، أما ادعاؤه من الثانى فلابد من أنه يمضى عليه زمن يمكن أن يستبين فيه بعض خلقه رحمتى . قلت : وكذا لو ادعته من الأول لابد أن يكون بينه وبين عقد الأول مدة أربعة أشهر (قوله كما مر) أى فى أول الباب حلبى .

مطلب الإقدام على النكاح إقرار بمضى العدة

(قوله ولو تزوجت الخ) قال فى الفتح : وفى التفاريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ماتزوجت أو مادخل بى صدقت إذ لايعلم ذلك إلا من جهتها :

---

(١) (قوله وعلى تخريج محمد فى مائة وعشرين يوما) ينبغى أن يزاد طهرهنا أيضا ليكون زواج الثانى وطلاقه واقعين فيه ، وحينئذ يلزم عليه أن يطلقها فى طهر وطئت فيه فيساوى تخريج الحسن ، وبهذا تعلم مافى قول المحشى . لكن يلزم على هذا التخريج الخ اه .

ولو تزوجت بعد مدة تحتمله ثم قالت لم تنقض عدتى أو ماتزوجت بآخر لم تصدق ، لأن إقدامها على التزوج دليل الحل . وعن السرخسى لايحل تزوجها حتى يستفسرها .

وفى البزازية : قالت طلقنى ثلاثا ثم أرادت تزويج نفسها منه ليس لها ذلك أصرت عليه أم أكذبت نفسها (سمعت من زوجها أنه طلقها ولا تقدر على منعه من نفسها) إلا بقتله

واستشكل بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت مناقضة فينبغى أن لا يقبل منها ؛ كما لوقالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو كان العقد بغير شهود ، ذكره فى الجامع الكبير وغيره ؛ بخلاف قولها لم تنقض عدتى ثم رأيت فى الخلاصة مايوافق الإشكال المذكور . قال فى الفتاوى فى باب الباء: لو قالت بعد ماتزوجها الأول ماتزوجت بآخر فقال الزوج الأول تزوجت بآخر ودخل بك لاتصدق المرأة اه مافى الفتح .

أقول : قد يدفع الإشكال بأن المطلقة ثلاثا قام فيها المانع من إيراد العقد عليها ولايزول إلا بعد وجود شرط الحل وذلك بأن تخبر بأنها تزوجت بعده بآخر ودخل بها وانقضت عدتها والمدة تحتمله أو تخبر بأنها حلت له وهى عالمة بشرائط الحل على مامر عن النهاية فحينئذ لايقبل قولها للتناقض أما بدون ذلك فيقبل ، ولاتناقض لاحتمال ظنها الحل بمجرد العقد ، ولأن إقدامها على العقد بدون تفسير لايزول به المانع فلم يكن اعترافا ، ولذا قال السرخسى لابد من استفسارها ، ويؤيده مامر عن الفضلى أيضا ؛ وهذا بخلاف قولها كنت مجوسية الخ فإنها حين العقد لم يقم مانع من إيراد العقد عليها فصح العقد فلا يقبل إخبارها بما ينافيه لتناقضها ، فإن مجرد إقدامها على العقد اعتراف بعدم مانع منه ، فإذا ادعت ماينافيه لم يقبل ، وما مر عن الفتاوى محمول على ما إذا تزوجها بعد مافسرت توفيقا بين كلامهم .

وفى البزازية : تزوجت المطلقة ثم قالت للثانى تزوجتنى فى العدة ، إن كان بين النكاح والطلاق أقل من شهرين صدقت فى قول الإمام وكان النكاح الثانى فاسدا ، وإن أكثر لا وصح الثانى ، والإقدام على النكاح إقرار بمضى العدة لأن العدة حق الأول والنكاح حق الثانى ولا يجتمعان فدل الإقدام على المضى ، بخلاف المطلقة ثلاثا إذا تزوجت بالأول بعد مدة ثم قالت بك تزوجت قبل نكاح الثانى حيث لايكون إقدامها دليل على إصابة الثانى ونكاحه .

قالت المطلقة ثلاثا : تزوجت غيرك وتزوجها الأول ثم قالت كنت كاذبة فيما قلت لم أكن تزوجت ، فإن لم تكن أقرت بدخول الثانى كان النكاح باطلا ، وإن كانت أقرت به لم تصدق اه وهذا مؤيد لما قلنا من الفرق والتوفيق ، وبالله التوفيق ، وبما قررناه ظهر لك مافى كلام الشارح ، والظاهر أنه تابع مابحثه فى الفتح (قوله وفى البزازية الخ) اقتصر على بعض عبارة البزازية تبعا للبحر وهو غير مرضى ، وتمام عبارتها هكذا : ونص فى الرضاع على أنها إذا قالت هذا ابنى رضاعا وأصرت عليه له أن يتزوجها لأن الحرمة ليست إليها . الواوبه يفتى فى جميع الوجوه اه ومقتضاه أن المفتى به أن لها أن تزوج نفسها منه هنا ، وهذا ماقدمه الشارح فى آخر الرضاع بقوله ومفاده الخ وقدمنا أن ماذكره الشارح هناك نقله فى الخلاصة عن الصدر الشهيد بلفظ : وفيه دليل على أنها لو ادعت الطلقات الثلاث وأنكر الزوج حل لها أن تزوج نفسها منه اه . وعلله فى النهر بأن الطلاق فى حقها مما يخفى لاستقلال الرجل به فصح رجوعها اه أى صح فى الحكم ، أما فى الديانة لو كانت عالمة بالطلاق فلا يحل ، وبما قررناه علمت أن ماقدمه الشارح منقول لابحث منه فافهم (قوله أنه طلقها) أى ثلاثا لأن مادونها يمكن فيه تجديد العقد إلا إذا كان ينكر

(لها قتله) بدواء خوف القصاص ، ولا تقتل نفسها . وقال الأوزجندى : ترفع الأمر للقاضى ، فإن حلف ولا بينة فالإثم عليه ، وإن قتلته فلا شيء عليها . والبائن كالثلاث بزازية ، وفيها شهدا أنه طلقها ثلاثا لها التزوج بآخر للتحليل لو غائبا انتهى .

قلت : يعنى ديانة . والصحيح عدم الجواز قنية ، وفيها : لو لم يقدر هو أن يتخلص عنها ولو غاب سحرته وردته إليها لايحل له قتلها ، ويبعد عنها جهده (وقيل لا) تقتله قائله الإسبيجابى (وبه يفتى) كما فى التاترخانية وشرح الوهبانية عن الملتقط أى والإثم عليه كما مر .

(قال بعد) أى بعد طلاقه ثلاثا (كان قبلها طلقة واحدة وانقضت عدتها وصدقته) المرأة (فى ذلك لايصدقان على المذهب المفتى به) كما لو لم تصدقه هى ، وقيل يصدقان ؛ ولو طلقها ثنتين قبل الدخول ثم قال كنت طلقتها قبلهما واحدة أخذ بالثلاث .

(قوله لها قتله بدواء) قال فى المحيط : وينبغى لها أن تفتدى بما لها أو تهرب منه ، وإن لم تقدر قتلته متى علمت أنه يقربها ، ولكن ينبغى أن تقتله بالدواء وليس لها أن تقتل نفسها ، وإن قتلته بالآلة يجب القصاص اهـ بحر (قوله فالإثم عليه) أى وحده ، وينبغى تقييده بما إذا لم تقدر على الافتداء أو الهرب (قوله وإن قتلته الخ) أفاد إباحة الأمرين ط (قوله لو غائبا) تمام عبارة البزازية وإن كان حاضرا لا ، لأن الزوج إن أنكرا حتيج بالفرقة ، ولايجوز القضاء بها إلا بحضرة الزوج اهـ (قوله والصحيح عدم الجواز) قال فى القنية : قال يعنى البديع .

والحاصل أنه على جواب شمس الأئمة الأوزجندى ونجم الدين النسفى والسيد أبى شجاع وأبى حامد والسرخسى يحل لها أن تتزوج بزوج آخر فيما بينها وبين الله تعالى ، وعلى جواب الباقين لايحل .

وفى الفتاوى السراجية : إذا أخبرها ثقة أن الزوج طلقها وهو غائب وسعها أن تعتد وتتزوج ولم يقيده بالديانة اهـ كذا فى شرح الوهبانية .

قلت : هذا تأييد لقول الأئمة المذكورين : فإنه إذا حل لها التزوج بإخبار ثقة فيحل لها التحليل هنا بالأولى إذا سمعت الطلاق أو شهد به عدلان عندها ، بل صرحوا بأن لها التزوج إذا أتاها كتاب منه بطلاقها ولو على يد غير ثقة إن غلب على ظنها أنه حق وظاهر الإطلاق جوازه فى القضاء حتى لو علم بها القاضى يتركها ، فتصحيح عدم الجواز هنا مشكل ، إلا أن يحمل على القضاء وإن كان خلاف الظاهر فتأمل ، نعم لو طلقها وهو مقيم معها يعاشرها معاشرة الأزواج ليس لها التزوج لعدم انقضاء عدتها منه كما سيأتى بيانه فى العدة (قوله لايحل له قتلها) ينبغى جريان الخلاف فيه ، بل القول بقتلها هنا أقرب من القول بقتلها له فيما مر لأنها ساحرة والساحر يقتل وإن تاب تأمل (قوله وقيل لاتقتله الخ) نقل فى التاترخانية أيضاً القول الأول بقتله عن الشيخ الإمام أبى القاسم وشيخ الإسلام أبى الحسن عطاء بن حمزة والإمام أبى شجاع ، ونقله عن فتاوى الإمام محمد بن الوليد السمرقندى عن عبد الله ابن المبارك عن أبى حنيفة . ونقل أيضاً أن الشيخ الإمام نجم الدين كان يحكى قول الإمام أبى شجاع ويقول إنه رجل كبير وله مشايخ أكابر ، لايقول مايقول إلا عن صحة فالاعتماد على قوله اهـ وبه علم أنه قول معتمد أيضاً (قوله وانقضت عدتها) إنما قال ذلك لتصير أجنبية لايلحقها الطلاق الثلاث .

أقول : وهذا إذا لم يكن انقضاء العدة معروفا لما سيذكره الشارح فى آخر العدة عن القنية أيضاً : طلقها ثلاثا ويقول كنت طلقتها واحدة ومضت عدتها فلو مضيها معلوما عند الناس لم تقع الثلاث وإلا تقع ، ولو حكم عليه بوقوع الثلاث بالبينة بعد إنكاره ، فلو برهن أنه طلقها قبل ذلك بمدة طلقة لم يقبل اهـ (قوله أخذ بالثلاث) لأن إقدامه على الطلاق يدل على بقاء العصمة وتطلق ثلاثا عملا بإقراره واحتياطا ط ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب الإيلاء

مناسبته البينونة مآلا (هو) لغة اليمين . وشرعا (الحلف على ترك قربانها) مدته ولو ذمياً (والمولى هو الذى لايمكنه قربان امرأته إلا بشيء) مشق (يلزمه)

باب الإيلاء

(قوله مناسبته البينونة مآلا) أى مناسبة ذكر هذا الباب عقب باب الرجعة ماذكره فى البحر من أن الإيلاء يوجب البينونة فى ثانى الحال كالطلاق الرجعى اهـ . ويحتمل أن المناسبة للبائن المذكور آخر باب الرجعة فى قوله وينكح مبانته الخ لكن فيه أن المطلوب إبداء المناسبة بين كل باب وما قبله ، والبائن ذكر فى باب الرجعة استطرادا فافهم (قوله هو لغة اليمين) وجمعه ألايا وفعله آلى يولى إيلاء كتصريف أعطى فتح (قوله وشرعا الحلف الخ) يشمل التعليق بما يشق فإنه يسمى يمينا كما قدمناه فى باب التعليق ، ولهذا قال فى الفتح : وفى الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله تعالى أو بتعليق مايستشقه على القربان . قال : وهو أولى من قول الكنز الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر ، لأن مجرد الحلف يتحقق فى نحو إن وطئتك فلله علىّ أن أصلى ركعتين أو أغزو فإنه لايكون بذلك موليا لأنه ليس مما يشق فى نفسه وإن تعلق إشقاقه بعارض ذميم من النفس من الجبن والكسل اهـ وهــذا وارد على المصنف ، وما أجاب به فى البحر رده فى النهر وشرح المقدسى (قوله على ترك قربانها) أى الزوجة حالا أو مآلا ، كقوله لأجنبية إن تزوجتك فوالله لاأقربك ، لأن المعتبر وقت تنجيز الإيلاء كما يأتى ، فلا حاجة إلى قول ابن كمال إنه لابد من أن يقال فى التعريف حاصلا فى النكاح أو مضافا إليه ، على أن ذلك كما قال فى النهر شرط ، وشأن الشروط خروجها من التعريف اهـ ودخل فى الزوجة حالا معتدة الرجعى ، وما لو آلى من زوجته الحرة ثم أبانها بطلقة ثم مضت مدة الإيلاء وهى معتدة فإنه يقع عليها أخرى كما سيأتى . وأورد عليه القهستانى مافى الخانية : لو آلى من زوجته الأمة ثم اشتراها فانقضت مدته لم يقع اهـ .

قلت : يجاب بأن شراءها فسخ للعقد فكأنها لم تكن زوجة وقته أو بأن الشرط بقاء الزوجية أو أثرها كالعدة ولا عدة هنا ، كما لو مضت عدة الحرة قبل المدة ودخل أيضاً الصغيرة ولو لاتوطأ ، وقيد بالقربان أى الوطء ، لأنه لو حلف على غيره كوالله لايمس جلدى جلدك أو لاأقرب فراشك ونحو ذلك ولم ينو الوطء لم يكن موليا كما يأتى (قوله مدته) أى الآتى بيانها (قوله ولو ذمياً) تعميم لفاعل المصدر وهو قربانها ذكره هنا ، وإن صرح به المصنف بعد إشارة إلى دخوله فى التعريف على قول الإمام لصحة حلفه وإن لم تلزمه الكفارة كما يأتى فافهم (قوله والمولى) بضم الميم وكسر اللام اسم فاعل من آلى (قوله إلا بشيء مشق يلزمه) الشرط كونه مشقا فى نفسه كالحج ونحوه كما يأتى ، فخرج غيره كالغزو وصلاة ركعتين وإن عرض إشقاقه لجبن أو كسل كما مر عن الفتح ، ومن المشق الكفارة .

وأورد فى البحر إيلاء الذمى بما فيه كفارة كوالله لاأقربك فإنه يصح عند الإمام بلا لزوم كفارة ، وما إذا قال لنسائه الأربع والله لاأقربكن فإنه يمكنه قربان ثلاث منهن بلا شيء يلزمه . وأجاب عن الأول بما فى الكافى من أنه ماخلا عن حنث لزمه بدليل أنه يحلف فى الدعاوى بالله العظيم ولكن منع من وجوب الكفارة عليه مانع وهو كونها عبادة وهو ليس من أهلها .

إلا لمانع كفر . وركنه الحلف (وشرطه محلية المرأة بكونها منكوحة وقت تنجيز الإيلاء ، ومنه : إن تزوجتك فوالله لا أقربك ، ولو زاد وأنت طالق ثم تزوجها لزمه كفارة بالقربان ووقع بائن بتركه (وأهلية الزوج للطلاق) وعندهما للكفارة (فصح إيلاء الذمى) بغير ماهو قربة . وفائدته وقوع الطلاق . ومن شرائطه عدم النقص عن المدة .

قلت : والجواب عن الثانى أن الإيلاء وقع على جملة الأربع لاعلى بعضهن ولذا لم يحنث بقربان البعض لأنه غير المحلوف عليه بل بعضه كما أفاده شراح الهداية فهو كقوله لأكلم زيدا وعمرا لايحنث بأحدهما مالم يكلم الآخر. وفى البدائع : لو قال لامرأته وأمته والله لأقربكما لايكون موليا من امرأته حتى يقرب الأمة اه ، أى لأن شرط الحنث قربانهما فلا يحنث بقربان إحداهما ، لكن إذا قربها تعين شرط البر بالمنع عن قربان الثانية ، فإن كانت الثانية هى الزوجة صار مولياً منها ، ومقتضاه أنه لو قرب الثلاثة فى المسألة المارة صار مولياً من الرابعة .

[تنبيه] لو حلف على ترك قربانها بعتق عبده ثم باعه أو مات العبد سقط الإيلاء لأنه صار بحال لايلزمه شىء بقربانها ، فلو عاد إلى ملكه بعده البيع قبل القربان عاد حكم الإيلاء بدائع (قوله إلا لمانع كفر) إشارة إلى مامر عن الكافى (قوله وركنه الحلف) أى الحلف المذكور (قوله بكونها منكوحة) أى ولو حكما كمعتدة الرجعى كما قدمناه ، وشمل مالو أبانها بعده ثم مضت مدته فى العدة كما مر ، وبه علم أنه لايبطل بالإبانة بما دون الثلاث. قال فى البدائع : والإيلاء لاينعقد فى غير الملك ابتداء وإن كان يبقى بدون الملك اه فخرجت الأجنبية والمبانة كما سيأتى ، وكذا الأمة والمدبرة وأم الولد ، لقوله تعالى — للذين يؤلون من نسائهم — والزوجة هى المملوكة ملك النكاح كما فى البدائع (قوله ومنه) أى من كونها منكوحة وقت تنجيز الإيلاء إن تزوجتك فوالله لاأقربك لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فهى منكوحة وقت التنجيز ح (قوله ثم تزوجها) أى بعد ماوقع عليه الطلاق المعلق ، وقوله لزمه كفارة الخ معناه ثبت حكم الإيلاء وعمل عمله من لزوم الكفارة بالقربان فى المدة ووقوع البائن بترك القربان ، وهذا لأنه لما علق الإيلاء والطلاق على التزوج نزلا مرتبين فنزل الإيلاء قبل البينونة ونزل الطلاق عقبه وبانت به ، لأنه قبل الدخول وزوال الملك لايبطل حكم الإيلاء ، فإذا تزوجها فى مدته عمل عمله ، أما لو قدم الطلاق على الإيلاء بطل حكمه عند الإمام لأنه ينزل عقب البينونة والإيلاء لاينعقد فى غير الملك ، كما أفاده فى البحر فى باب التعليق بقوله : لو قال إن تزوجتك فأنت طالق وأنت علىّ كظهر أمى ووالله لاأقربك ثم تزوجها وقع الطلاق ويلغو الظهار والإيلاء عنده لأنه ينزل الطلاق أولا فتصير مبانة ، وعندهما ينزلن جميعا ، ولو أخر الطلاق فتزوجها وقع وصح الظهار والإيلاء اه فافهم (قوله وأهلية الزوج للطلاق) أفاد اشتراط العقل والبلوغ ، فلا يصح إيلاء الصبى والمجنون لأنهما ليسا من أهل الطلاق ، ويصح إيلاء العبد مما لايتعلق بالمال كإن قربتك فعلىّ صوم أو حج أو عمرة أو امرأتى طالق ، فإن حنث لزمه الجزاء ، أو والله لاأقربك ، فإن حنث لزمه الكفارة بالصوم ، بخلاف مايتعلق بالمال مثل فعلىّ عتق رقبة أو أن أتصدق بكذا لأنه ليس من أهل ملك المال بدائع (قوله فصح إيلاء الذمى) أى عنده لاعندهما ، لكن كل من القولين ليس على إطلاقه لأن إيلاءه بما هو قربة محضة كالحج لايصح اتفاقا ، وبما لايلزم كونه قربة كالعتق يصح اتفاقا ، وبما فيه كفارة كوالله لا أقربك يصح عنده لاعندهما كما فى البحر وغيره (قوله بغير ماهو قربة) أى محضة ، احترز به عن نحو الحج والصوم كما علمت (قوله وفائدته الخ) أى أن تصحيح إيلاء الذمى وإن لم تلزمه الكفارة بالحنث له فائدة ، وهى وقوع الطلاق بترك قربانها فى المدة (قوله ومن شرائطه الخ) ومنها أن لايقيد بمكان لأنه يمكن قربانها فى غيره ، وأن لايجمع بين الزوجة وغيرها كأمته أو أجنبية لأنه يمكنه قربان امرأته وحدها بلا لزوم شىء كما مر .

(وحكمه وقوع طلقة بائنة إن بر) ولم يطأ (و) لزم (الكفارة أو الجزاء) المعلق (إن حنث) بالقربان :

(و) المدة (أقلها للحرة أربعة أشهر ، وللأمة شهران) ولا حد لأكثرها ، فلا إيلاء بحلفه على أقل من الأقلين . وسببه كالسبب فى الرجعى ، وألفاظه صريح وكناية :

وأما اشتراط أن لايقيد بزمان فغير صحيح ، لأنه إن أريد بالزمان مدة الإيلاء فلا يصح نفيه ، وإن أريد نفى مادونها فهو مازاده الشارح فافهم ، نعم يشترط أن لايستثنى بعض المدة مثل لا أقربك سنة إلا يوما على تفصيل فيه سيأتى ، وأن يكون المنع عن القربان فقط ، لما فى الولوالجية : لو قال إن قربتك أو دعوتك إلى الفراش فأنت طالق لايصير موليا لأنه يمكنه القربان بلا شىء يلزمه بأن يدعوها إلى الفراش فيحنث ثم يقربها فى المدة اهـ (قوله وحكمه) أى الدنيوى . أما الأخروى فالإثم إن لم يفئ إليها كما يفيده قوله تعالى — فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم — وصرح القهستانى عن النتف بأن الإيلاء مكروه ، وصرحوا أيضا بأن وقوع الطلاق بمضى المدة جزاء لظلمه ، لكن ذكر فى الفتح أول الباب أن الإيلاء لا يلزمه المعصية ، إذ قد يكون برضاها لخوف غيل على الولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس (قوله ولم يطأ) عطف تفسير ، والمراد بالوطء حقيقته عند القدرة أو ما يقوم مقامه كالقول عند العجز ، فالمراد ولم يفئ : أى لم يرجع إلى ماحلف عليه (قوله والكفارة أو الجزاء) بالعطف بأو ، وفى بعض النسخ بالواو موافقا لما فى الدرر وشرح المصنف ، وهى بمعنى أو لأن المراد بيان نوعيه بقرينة قوله الآتى : ففى الحلف بالله تعالى وجبت الكفارة وفى غيره وجب الجزاء أى المعلق عليه كالحج والعتق والطلاق ونحو ذلك . ويمكن حمل الواو على معناها ، إذ يمكن اجتماع الكفارة والجزاء، فى نحو والله لا أقربك وإن قربتك فعلىّ حج كذا قيل . وفيه أنهما إيلاءان يجب بالحنث فى أحدهما الكفارة وفى الآخر الجزاء وإن وقع عند البر طلاق واحد بدليل ماقالوا فى : والله لا أقربك إذا كرره ثلاثا ولم ينو التأكيد أنه أيمان ثلاثة يجب لكل كفارة ويقع بها طلقة واحدة كما سيأتى آخر الباب فافهم (قوله إن حنث بالقربان) أى الوطء حقيقة ، فلا يحنث بالفئ باللسان عند العجز عن الوطء لأنه غير المحلوف عليه ؛ ولو وطئ بعده فى المدة حنث كما سيأتى (قوله أربعة أشهر) لا خلاف أنه إن وقع فى غرة الشهر اعتبرت مدته بالأهلة ، ولو وقع فى بعضه فلا رواية عن الإمام . وقال الثانى: تعتبر بالأيام . وعن زفر اعتبار بقية الشهر بالأيام والشهر الثانى والثالث بالأهلة ، ويكمل أيام الشهر الأول بالأيام من أول الشهر الرابع(١) نهر عن البدائع (قوله وللأمة شهران) يعم مالو كان زوجها حرا ، ولو أعتقت فى أثناء المدة بعد ماطلقت انتقلت إلى مدة الحرائر نهر ، ومثله فى البدائع (قوله فلا إيلاء) أى فى حق الطلاق بدائع : أى لا فى حق الحنث ، فلو قال لحرة والله لا أقربك شهرين ولم يقربها فيهما لم تطلق ، ولو قربها فيهما حنث (قوله وسببه كالسبب فى الرجعى) وهو الداعى من قيام المشاجرة وعدم الموافقة نهر ، ومثله فى شرح درر البحار وكأنه خص الرجعى لكونه أشبهه فى البينونة مآلا على مامر تأمل (قوله صريح وكناية) وقيل ثلاثة : صريح ومايجرى مجراه وكناية ؛ فالصريح لفظان الجماع والنيك ، أما القربان والمباضعة والوطء فهى كنايات تجرى مجرى الصريح ؛ قال فى الفتح : والأولى جعل الكل من الصريح ، لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا لا بالحقيقة ، وإلا لوجب كون الصريح لفظ النيك فقط . وفى البدائع : الافتضاض فى البكر يجرى مجرى الصريح اهـ وستأتى ألفاظ الكناية :

---

(١) (قوله من أول الشهر الرابع الخ) صوابه الخامس ، وكذا قوله والثالث صوابه والرابع أيضا تأمل والله أعلم اهـ .

(ف)من الصريح (لو قال والله) وكل ماينعقد به اليمين (لا أقربك) لغيرحائض ذكره سعدى، لعدم إضافة المنع حينئذ إلى اليمين (أو) والله (لا أقربك) لاأجامعك لاأطؤك لاأغتسل منك من جنابة (أربعة أشهر) ولو

وفى البحر: لو ادعى فى الصريح أنه لم يعن الجماع لايصدق قضاء ويصدق ديانة. والكناية: كل لفظ لايسبق إلى الفهم معنى الوقاع منه ويحتمل غيره ، ولا يكون إيلاء بلا نية ويدين فى القضاء (قوله فمن الصريح الخ) ذكر منه أربعة ألفاظ ، وأشار إلى أنه بقي غيرها ، فإن منه قوله للبكر لا أفتضك كما مر . وفى المنتقى لا أنام معك إيلاء بلانية ،وكذا لايمس فرجى فرجك ،وهذا يخالف ما فى البدائع من أن لا أبيت معك فى فراش كناية ،وما فى جوامع الفقه من أنه لو قال لايمس جلدى جلدك لايصير موليا ، لأنه يمكن أن يلف ذكره بشيء ، أفاده فى الفتح . وظاهره مافى الجوامع أنه ليس صريحا ولا كناية .

قلت : والذى يظهر مافى المنتقى من أن اللفظين من الصريح ، لما علمت من أن الصراحة منوطة بتبادر المعنى والمتبادر من قولك فلان نام مع زوجته هو الوطء ، نعم لايتبادر ذلك من قولك بات معها فى فراش وتبقى المخالفة فى مسألة المس ، وماذكر من الإمكان لاينافى التبادر ،وإلا لزم أن تكون المباضعة كذلك لأنها بمعنى وضع البضع على البضع أى الفرج ، فيمكن أن يقال : لا يلزم منه الجماع ، وكذا الافتضاض : أى إزالة البكارة يمكن بأصبع ونحوها تأمل (قوله لو قال والله الخ) قيد بالقسم ، لأنه لو قال : لا أقربك ولم يقل والله لا يكون موليا ذكره الإسبيجابي بحر :أى لأنه لابد من لزوم مايشق (قوله وكل ماينعقد به اليمين) كل مبتدأ حذف خبره تقديره كذلك . قال فى البحر : وأراد بقوله والله ماينعقد به اليمين كقوله تالله وعظمة الله وجلاله وكبريائه ، فخرج مالاينعقد به كقوله وعلم الله لا أقربك وعليه غضب الله تعالى وسخطه إن قربتك اه ط (قوله لا أقربك) أى بلابيان مدة ، أشار إلى أنه كالمؤقت بمدة الإيلاء ، لأن الإطلاق كالتأبيد ، ومثله لو جعل له غاية لايرجى وجودها فى مدة الإيلاء ، كقوله فى رجب لا أقربك حتى أصوم المحرم ، وكقوله إلا فى مكان كذا أو حتى تفطمى ولدك وبينهما أربعة أشهر فأكثر ، ولو أقل لم يكن موليا ، وكذا حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى تخرج الدابة أو الدجال استحسانا لأنه فى العرف للتأبيد، وكذا إن كان يرجى وجودها فى مدته ،لكن لايتصور بقاء النكاح معه كحتى تموتى أو أموت أوأطلقك ثلاثا أوحتى أملكك أو أملك شقصا منك وهى أمة ،وإن تصور بقاؤه كحتى أشتريك لايكون موليا لأن مطلق الشراء لايزيل النكاح لأنه قد يشتريها لغيره ، ولو زاد لنفسى فكذلك لأنه قد يكون الشراء فاسدا لايملك إلا بالقبض ؛ حتى لو قال لنفسى وأقبضك كان موليا فيصير تقديره لا أقربك مادمت فى نكاحى ؛ ولو قال حتى أعتق عبدى أو أطلق زوجتى فهو إيلاء عندهما خلافا لأبى يوسف . ولا خلاف فى عدمه فى حتى أدخل الدار أو أكلم زيدا كما فى النهر وغيره (قوله لغير حائض الخ) فى غاية البيان معزيا للشامل : حلف لايقربها وهى حائض لم يكن موليا ، لأن الزوج ممنوع عن الوطء بالحيض فلا يصير المنع مضافا لليمين اه. وبهذا علم أن الصريح وإن كان لايحتاج إلى النية لايقع به لوجود صارف كذا فى البحر ، وقيده الشرنبلالى بحثا بما إذا كان عالما بحيضها . وفصل سعدى فى حواشى العناية بحمل مافى الشامل على ماإذا قال لا أقربك ولم يقيد بمدة أما لو قال أربعة أشهر فإنه يكون موليا ولو كانت حائضا ، وهذا معنى قول الشارح هنا لغير حائض، وقوله بعده فى المقيد ولو لحائض . وأوضحه فى النهر بأنه إذا قيده بأربعة أشهر يكون قرينة على إضافة المنع إلى اليمين اه .

أقول : هذا كله مبنى على أن قول الشامل وهى حائض ليس من كلام الزوج ، لكن ذكر المقدسى أنه حال من مفعول يقربها لامن فاعل حلف أى فهو من كلام الزوج .

لحائض لتعيين المدة (أو إن قربتك فعلىّ حج أو نحوه) مما يشق ، بخلاف فعلىّ صلاة ركعتين فليس بمول لعدم مشقتهما ، بخلاف فعلىّ مائة ركعة ، وقياسه أن يكون موليا بمائة ختمة أو اتباع مائة جنازة ولم أره (أو فأنت طالق أو عبده حر) ومن الكناية لا أمسك لا آتيك لأغشاك لا أقرب فراشك لا أدخل عليك ،

قلت : وربما أفاده مافى كافى الحاكم حيث قال: وإن حلف لايقربها وهى حائض لم يكن موليا ، وإن حلف لايقربها حتى تفعل شيئا تقدر على فعله قبل مضى أربعة أشهر لم يكن موليا وإن تأخر ذلك أربعة أشهر لم يضره اه فقوله حتى تفعل من كلام الزوج قطعا ، فكذا قوله وهى حائض ، وقد أفاد علته بما ذكره بعده ، وهى أن مدة الحيض يمكن مضيها قبل أربعة أشهر فلا يصير موليا وإن زادت عليها ، ويؤيده تعليل الولوالجى بقوله لأنه منع نفسه عن قربانها فى مدة الحيض وأنه أقل من أربعة أشهر اه .

ولو كانت العلة مامر من كون الزوج ممنوعا عن الوطء بالحيض الخ لكان الواجب ذكر ذلك فى شروط صحة الإيلاء ، بأن يقال يشترط فى صحته أن لايكون الزوج ممنوعا عن وطئها وقت الإيلاء .

ويرد عليه أنه يشمل ماإذا كانت محرمة أو معتكفة أو صائمة أو مصلية مع أنه سيأتى أنه يصح الإيلاء وهى محرمة وإن كان بينها وبين الحرم أكثر من أربعة أشهر ، ولايكون فيؤه باللسان بل بالجماع ، لأن الإحرام مانع شرعى وهو لايسقط حقها فى الجماع ، فقد صح الإيلاء مع علمه بأنه ممنوع عن قربانها شرعا فى مدة أربعة أشهر ففى حالة الحيض يصح بالأولى ، فما كان الجواب عن حالة الإحرام فهو الجواب عن حالة الحيض ، فاغتنم تحرير هذا المقام والسلام (قوله لتعيين المدة) أى لأن ذكر المدة قرينة على أن المنع لليمين لا للحيض ، بخلاف ما إذا لم يذكرها كما مر (قوله أو نحوه مما يشق) كقوله فعلىّ عمرة أو صدقة أو صيام أو هدى أو اعتكاف أو يمين أو كفارة يمين أو فأنت طالق أو هذه الزوجة أخرى أو فعبدى حر ، أو فعلىّ عتق لعبد مبهم أو فعلى صوم يوم بخلاف صوم هذا الشهر لأنه يمكنه قربانها بعد مضيه بلا شىء يلزمه ، ولو قال فعلى اتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو تسبيحة أو الصلاة فى بيت المقدس لم يكن موليا . وفى الذخيرة خلاف محمد لأنها تلزم بالنذر كذا فى الفتح ، وأشار فى الفتح إلى الجواب عن قول محمد بأن المدار على لزوم مايشق لاعلى صحة النذر وإلا لزم أن يكون موليا بالتعليق على صلاة ركعتين . والمذهب أنه يسقط النذر بصلاتها فى غير بيت المقدس (قوله لعدم مشقتهما) أى وإن لزماه بالحنث لصحة النذر بهما ، وأشار إلى أنه لاتعتبر المشقة العارضة بنحو كسل كما لاتعتبر العارضة بالجبن فى نحو فعلىّ غزو كما مر (قوله وقياسه الخ) هذا البحث لصاحب النهر ، وهو فى غير محله لما تقدم من أن المولى هو الذى لايمكنه قربان زوجته إلا بشىء مشق يلزمه فلابد من كونه لازما وكونه مشقا(١) ولايصح النذر بقراءة القرآن وصلاة الجنازة وتكفين الموتى كما فى أيمان القهستانى ، فإذا لم يصح نذره أمكنه قربانها بلاشىء يلزمه أصلا ، كما لو قال : إن قربتك فعلىّ ألف وضوء فلا يكون موليا فافهم (قوله أو فأنت طالق أو عبده حر) كان ينبغى ذكره قبل قوله أو نحوه فإن قربها تطلق رجعية ويعتق العبد . وظاهره وإن لم يكن ممن يشق عليه لأنه فى الأصل مشق كما أفاده ط وقدمنا أنه لو باع العبد سقط الإيلاء ولو عاد إلى ملكه عاد ، ولو قال فعلىّ ذبح ولدى يصح ، ويلزمه بالحنث ذبح شاة كما فى البدائع (قوله ومن الكناية الخ) ومنها لا أجمع رأسى ورأسك لاألمسك لا أضاجعك لأغيظنك لأسوأنك فتح ، والأخيران باللام الجوابية . وذكر أيضا أنه عد منها فى البدائع الدنوّ وكذا

---

(١) (قوله بشىء مشق وكونه مشقا) كذا بالأصل المقابل على خطه ، والمعروف من كتب اللغة بأيدينا شاق لامشق اه مصححه .

ومن المؤبد نحو حتى تخرج الدابة أو الدجال أو تطلع الشمس من مغربها (فإن قربها فى المدة) ولو مجنونا (حنث) وحينئذ (ففى الحلف بالله وجبت الكفارة ، وفى غيره وجب الجزاء وسقط الإيلاء) لانتهاء اليمين (وإلا) يقربها (بانت بواحدة) بمضيها ، ولو ادعاه بعد مضيها لم يقبل قوله إلا ببينة (وسقط الحلف لو) كان (مؤقتا) ولو بمدتين ، إذ بمضى الثانية تبين بثانية وسقط الإيلاء (لا لو كان مؤبدا) وكانت طاهرة كما مر وفرع عليه (فلو نكحها ثانيا وثالثاً ومضت المدتان بلا فىء) أى قربان (بانت بأخريين) والمدة من وقت التزوج

لا أبيت معك ؛ وتقدم الكلام على الأخير (قوله ومن المؤبد الخ) لأنه يذكر فى العرف للتأبيد، ولأن له أمارات سابقة تدل على أنه لا يقع فى مدة أربعة أشهر ، وكان المناسب ذكر هذه الجملة عند قول المصنف الآتى لا لو كان مؤبدا كما فعل فى الفتح (قوله فإن قربها فى المدة الخ) إنما ذكره وإن أغنى عنه قوله سابقا وحكمه الخ ليرتب عليه ما بعده ط (قوله ولو مجنونا) لأن الأهلية تعتبر وقت الحلف لا وقت الحنث (قوله وجبت الكفارة) ولو كفر قبل الحنث لا تعتبر بحر (قوله وجب الجزاء) سيأتى فى الأيمان أن فى مثله يخير بين الوفاء بما التزمه من النذر أو كفارة اليمين رحمتى أى على الصحيح الذى رجع إليه الإمام شرنبلالية ، وهذا إن بقى الإيلاء ، فلو سقط بموت العبد المحلوف بعتقه فلا يجب شىء كما علمت (قوله وسقط الإيلاء) عطف على حنث ، فلو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق لانحلال اليمين بالحنث ، وسواء حلف على أربعة أشهر أو أطلق أو على الأبد بحر (قوله بانت بواحدة) أى بطلقة واحدة ، وقوله بمضيها : أى بسبب مضى المدة ، وأشار إلى أنه لا حاجة إلى إنشاء تطليق أو الحكم بالتفريق خلافا للشافعى كما أفاده فى الهداية (قوله ولو ادعاه) أى القربان فى المدة (قوله لم يقبل قوله إلا ببينة) أى على إقراره فى المدة أنه جامعها بحر ، لأنه فى المدة يملك الإنشاء فيملك الإخبار فصح إشهاده عليه ، وتقدم فى الرجعة نظيره وأنه من أعجب المسائل (قوله ولو بمدتين الخ) بأن حلف على ثمانية أشهر كما فى الدر المنتقى تبعا للقهستانى ، وهو مخالف لما فى الكنز وغيره من قوله : وسقط الإيلاء لو حلف على أربعة أشهر فإنه يقتضى أنه لو حلف على مدتين أو أكثر لا يسقط ، وهو معنى قوله إذ بمضى الثانية تبين بثانية ، لكن مراد الشارح أنه يسقط بعد مضى المدتين (قوله تبين بثانية) يعنى إذا تزوجها ثانيا وإلا فهو على غير الأصح الآتى فى المؤبد، إذ لا فرق يظهر بينهما ثم رأيت القهستانى قال وفى الثانية : أى فى مسألة المدتين إذا بانت ثم تزوجها ثانيا ثم مضت أربعة أشهر أخرى بانت بواحدة أخرى وسقط الإيلاء اهـ .

وفى الولوالجية : والله لا أقربك سنة فمضى أربعة أشهر فبانت ثم تزوجها ومضى أربعة أشهر أخرى بانت أيضا ، فإن تزوجها ثالثا لا يقع لأنه بقى من السنة بعد التزوج أقل من أربعة أشهر (قوله لا لو كان مؤبدا) أى لا يسقط الحلف : أى الإيلاء لو كان مؤبدا . قال فى الفتح : هو أن يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول لا أقربك إلا أن تكون حائضا فليس بمول أصلا اهـ (قوله وكانت طاهرة) هو معنى قول الفتح إلا أن تكون حائضا وقد علمت ما فيه مما مر (قوله وفرع عليه فلو نكحها) أى فرّع هذا الكلام ، وضمير عليه لقوله لا لو كان مؤبدا . وأفاد أنه لا يتكرر الطلاق بدون تزوج لعدم منع حقها . وقيل لو بانت بمضى أربعة أشهر بالإيلاء ثم مضت أربعة أخرى وهى فى العدة وقعت أخرى ، فإن مضت أربعة أخرى وهى فى العدة وقعت أخرى ، والأول أصح لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم ، وليس للمبانة حق فلا يكون ظالما كما فى الزيلعى ؛ ووافقه فى الفتح والبحر والنهر ، وعليه المتون (قوله والمدة من وقت التزوج) سواء كان التزوج فى العدة أو بعد انقضائها .

قال فى النهر : واختلف فى اعتبار ابتداء مدته . ففى الهداية : وعليه جرى فى الكافى أنها من وقت التزوج

(فإن نكحها بعدزوج آخر لم تطلق) لانتهاء هذا الملك ، بخلاف مالو بانت بالإيلاء بمادون ثلاث أو أبانها تنجيز الطلاق ثم عادت بثلاث يقع بالإيلاء خلافا لمحمد كما مر فى مسألة الهدم (وإن وطئها) بعدزوج آخر (كفر) لبقاء اليمين للحنث (والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين) إيلاء (لتحقق) المدة

وقيد فى النهاية والعناية تبعا للتمرتاشي والمرغيناني بما إذاكان التزوج بعد انقضاء العدة . فإن كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق . قال الزيلعي : وهذا لايستقيم(١) إلا على قول من قال بتكرر الطلاق قبل التزوج وقد مر ضعفه قال فى الفتح : فالأولى الإطلاق كما فى الهداية ح (قوله فإن نكحها) أى المولى الذى انتهى ملكه بالثلاث ح أى نكحها(٢) قبل أن تتزوج بغيره وكذا بعده ولكنها مسألة الهدم الآتية (قوله لانتهاء هذا الملك) فهذه المسألة فرع مالإذا علق طلاقها بالدخول مثلا ثم نجز الثلاث فتزوجت بغيره ثم أعادها فدخلت لاتطلق خلافا لزفر ، وكذا لو آلى منها ثم طلقها ثلاثا بطل الإيلاء ، حتى لو مضت أربعة أشهر وهى فى العدة لم يقع الطلاق خلافا(٣) لزفر ، ولو تزوجها بعد زوج آخر فى الإيلاء المؤبد لايعود الإيلاء خلافا له فتح (قوله بتنجيز الطلاق) أى بتنجيز طلقة أو طلقتين ح (قوله ثم عادت بثلاث) بأن تزوجها بعد زوج آخر بناء على قولهما إن الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث ويثبت حلا جديدا فتعود للأول بثلاث لابما بقى (قوله يقع بالإيلاء) الضمير عائد إلى الثلاث باعتبار معنى الطلاق الثلاث . والأولى أن يقول تقع بالتاء الفوقية يعنى تطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث ، كذا قال فى الفتح والنهر والتبيين .

قلت : ولابد من تقييده بأن يتزوجها بعد كل مدة على ماهو الأصح ليكون الطلاق جزاء الظلم كما مر وكأنهم أطلقوه هنا لقرب العهد فتأمل (قوله خلافا لمحمد) فعنده لاتقع الثلاث بل مابقى من واحدة أو ثنتين بناء على قوله إن الثانى لايهدم مادون الثلاث كمامر قبيل هذا الباب ومر اعتماد قوله (قوله بعد زوج آخر) مكرر بما ذكره المصنف قبل ، وكان الأولى للمصنف فى التعبير أن يقول وكفر إن وطىء ليكون عطفا على جواب الشرط ؛ وهو قوله لم تطلق (قوله لبقاء اليمين للحنث) أى لحق الحنث وإن لم تبق فى حق الطلاق فصار كما لو قال لأجنبية لاأقربك لايكون بذلك موليا ، وتجب الكفارة إذا قربها زيلعى (قوله بعد هذين الشهرين) قيد اتفاقى ، لأنه لو قال شهرين وشهرين كان الحكم كذلك كما صرح به فى التبيين ح ومثله فى الفتح والبحر (قوله لتحقق المدة) أى أربعة أشهر ولهذا لو قال لا أكلم فلانا يومين ويومين كان كقوله لا أكلمه أربعة أيام ، والأصل فى جنس هذه المسائل أنه متى عطف من غير إعادة حرف النفى ولا تكرار اسم الله تعالى يكون يمينا واحدا ، ولو أعاد حرف النفى أو كرر اسم الله تعالى يكون يمينين وتتداخل مدتهما . بيانه لو قال : والله لاأكلم زيدا يومين ولا يومين(٤) يكون يمينين ومدتهما واحدة ، حتى لو كلمه فى اليوم الأول أو الثانى يحنث فيهما ويجب عليه كفارتان ، وإن كلمه فى اليوم الثالث لايحنث لانقضاء مدتهما ، وكذا لو قال والله لاأكلم زيدا يومين والله لا أكلم زيدا يومين لما ذكرنا ، ولو قال والله لاأكلمه

---

(١) (قوله وهذا لايستقيم الخ) أقول : بل لا يستقيم أيضا على ذلك القول . فإن أصحاب ذاك يحسبون المدة من وقت الطلاق على كل حال ، ويحتاج للفرق بين ما إذا تزوجت بعد العدة حيث لم تحسب مدتها وبين ماإذا تزوجت فيها حيث احتسب من وقت الطلاق ، فالظاهر أنه قول ثالث اه .

(٢) (قوله أى نكحها الخ) هذا لايناسب ذكره هنا فان فرض المسألة فيما إذا طلق ثلاثا ، وحينئذ لا يمكن تزوجها قبل زوج آخر . والظاهر أن محل هذا الكلام عند قول المصنف ، فلو نكحها ثانيا وثالثا اه .

(٣) (قوله لم يقع الطلاق خلافا الخ) لعل هذا سبق قلم ، وإلا فبعد تنجيز الثلاث لايتصور وقوع طلاق آخر إجماعا وهو واضح اه .

(٤) (قوله يومين ولا يومين) هكذا فى الزيلعى ، وما وقع فى حاشية ح يوما ولا يومين فهو تحريف فافهم اه منه .

(ولو مكث يوما) أراد به مطاق الزمان إذ الساعة كذلك بحر (ثم قال والله لا أقربك شهرين) لم يكن موليا (قال بعد الشهرين الأولين) أو لا لنقص المدة لكن إن قاله اتحدت الكفارة وإلا تعددت (أو قال والله لا أقربك سنة

يومين ويومين كان يمينا واحدا ومدته أربعة أيام ؛ حتى لو كلمه فيهما تجب عليه كفارة واحدة ، وعلى هذا لو قال والله لا أكلمه يوما ويومين كانت يمينا واحدة إلى ثلاثة أيام ، حتى لو كلمه فيها تجب كفارة واحدة ، ولو قال والله لا أكلمه يوما ولا يومين أو قال والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه يومين يكون يمينين فمدة الأولى يوم ومدة الثانية يومان ، حتى لو كلمه فى اليوم الأول يجب عليه كفارتان وفى اليوم الثانى كفارة واحدة ، ولو كلمه فى اليوم الثالث لا يحنث لانقضاء مدتهما ، وعلى هذا لو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين أو قال والله لا أقربك شهرين والله لا أقربك شهرين لا يكون موليا لأنهما يمينان فتتداخل مدتهما ؛ حتى لو قربها قبل مضى شهرين تجب عليه كفارتان ، ولو قربها بعد مضيهما لا يجب عليه شيء لانقضاء مدتهما زيلعى .

قلت : وحاصله أنه يحكم بتعدد اليمين باعادة حرف النفى أو بتكرار اسم الله تعالى ؛ ومتى كانت اليمين متعددة كانت المدة متحدة : أى تكون المدة فى اليمين الأولى داخلة فى مدة اليمين الثانية ، ومتى كانت اليمين متحدة كانت المدة متعددة : أى تكون المدة الثانية غير الأولى ، وقد تتعدد المدة مع تعدد اليمين بأن نص على مغايرة المدة فيجب فى كل مدة كفارة واحدة كما يأتى فى المسألة الثانية (قوله ولو مكث يوما) يعنى بعد قوله والله لا أقربك شهرين (قوله إذ الساعة كذلك) أى الزمانية ، فالمراد أن يفصل بين الحلفين بفاصل(١) (قوله قال بعد الشهرين الأولين أولا) أى أن التقييد بالظرف هنا اتفاقى كما فى المسألة الأولى (قوله لنقص المدة) أى بقدر الفاصل بين الحلفين وهو اليوم مثلا لأن مدة الامتناع عن قربانها فى الحلف الأول شهران وفى الثانى شهران بعدهما ، وبين الحلفين مدة لم يلزمه شيء بقربانها فيها فلم توجد مدة الإيلاء ؛ بخلاف المسألة الأولى فإن الأربعة أشهر فيها لا فاصل بينها كما مر ؛ وهذا إن قال هنا بعد الشهرين الأولين فإنه نص على تغاير المدة وإن تعدد القسم ، أما إذا لم يقله تتحد المدة لتعدد القسم بتكرار اسمه تعالى بلا موجب لتعدد المدة فلم توجد مدة الإيلاء أيضا (قوله لكن إن قاله الخ) استدراك على ماذكره من عدم الفرق بين ذكر الظرف وعدمه أى أنه لا فرق بينهما من حيث أنه لا يكون موليا ولكن بينهما فرق من جهة أخرى أفادها فى الفتح وغيره ، وهى أنه إن قاله تتعين مدة اليمين الثانية كذا فى البحر والنهر : أى تصير مرادة بعينها غير داخلة فيما قبلها ، وعبر الشارح عن هذا بقوله اتحدت الكفارة أخذا من قوله فى الفتح فى هذه الصورة : فلو قربها فى الشهرين الأولين لزمته كفارة واحدة وكذا فى الشهرين الآخرين ، لأنه لم يجتمع على الشهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة اه . وما توارد عليه شراح الهداية من أنه يلزمه بالقربان كفارتان قال فى الفتح إنه خطأ لما علمت . قال فى النهر : لأنه إذا كان لكل يمين مدة على حدة فلا تداخل بين المدتين حتى تلزمه الكفارتان ، إلا أن يراد القربان فى مدتيهما ، كذا فى الحواشى السعدية . وعندى أن هذا الحل مما يجب المصير إليه اه .

قلت : وما وقع فى الفتح وتبعه عليه فى البحر من قوله ولكن تتداخل المدتان ، فلو قربها فى الشهرين الأولين لزمته كفارة واحدة الخ سبق قلم ، وصوابه لا تتداخل ولم أر من نبه عليه ، ولكن المعنى وسوابق الكلام ولو احقه

---

(١) (قوله بفاصل) هل يشترط أن يكون الفاصل مدة تسع الوطء؛ الظاهر نعم، ولكن لم أره فليراجع اه ثم سمعت من شيخنا الإطلاق، وليس للنفس ميل إليه، والظاهر أن يكون السكوت اختيارا كالفاصل فى الاستثناء اه شمس الأئمة الكردى هو أول من قرأ الهداية على مؤلفها كما فى حاشية سعدى على العناية اه منه .

إلا يوما) لم يكن موليا للحال بل إن قربها وبقى من السنة أربعة أشهر فأكثر صار موليا وإلا لا ، ولو حذف سنة لم يكن مولياً حتى يقربها فيصير موليا ولو زاد إلا يوما أقربك فيه لم يكن موليا أبدا لأنه استثنى كل يوم يقربها فيه فلم يتصور منعه أبدا (أوقال وهو بالبصرة والله لا أدخل مكة وهى بها لا) يكون موليا لأنه يمكنه أن يخرجها منها فيطأها (آلى من المطلقة رجعيا صح) لبقاء الزوجية ،

تدل عليه ، وكذا صريح مانقلناه عن النهر . وأما إذا لم يقل بعد الشهرين الأولين تصير مدتهما واحدة وتتأخر الثانية عن الأولى بيوم كذا فى البحر والنهر ، وعبر الشارح عن هذا بقوله وإلا تعددت : أى وإن لم يقله تعددت الكفارة أخذا من قوله فى الفتح لم يكن موليا لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الأولى بيوم واحد أو ساعة بحسب مافصل بين اليمينين . فالحاصل من اليمينين الحلف على شهرين ويوم أو ساعة على حسب الفاصل اهـ .

قلت : وحاصله أنه لما قال لاأقربك شهرين ثم بعد يوم مثلا قال كذلك اتحدت المدتان لتعدد القسم كما مر ، لكن اليوم الفاصل بين اليمينين دخل فى اليمين الأولى دون الثانية فلزم تكميل الشهرين فى اليمين الثانية بزيادة يوم على الشهرين ، وهذا اليوم الزائد دخل فى اليمين الثانية دون الأولى عكس اليوم الفاصل ، ولزم من هذا تداخل المدتين ماعدا اليومين المذكورين لأنه لم يجتمع عليهما يمينان ، فلو قربها فى أحدهما تلزمه كفارة واحدة ، بخلاف بقية المدة لدخولها تحت اليمينين فتتعدد فيها الكفارة ، هذا ماظهر لى فى هذا المقام (قوله إلا يوما) مثله الساعة ط عن الحموى (قوله لم يكن موليا للحال) لأنه استثنى يوما منكرا فيصدق على كل يوم من أيام السنة حقيقة فيمكنه قربانها قبل مضى أربعة أشهر من غير شىء يلزمه ، وصرفه إلى الأخير كما يقوله زفر إخراج له عن حقيقته وهى التنكير إلى التعيين بلا حاجة ، بخلاف قوله إلا نقصان يوم لأن النقصان لايكون عرفا إلا من آخرها ، وبخلاف قوله أجرتك دارى أو أجلت دينى سنة إلا يوما فإنه يراد به الأخير لحاجة تصحيح العقد وتأخير المطالبة ، وبخلاف قوله والله لاأكلم زيدا سنة إلا يوما لأن الحامل وهو المغايظة اقتضى عدم كلامه فى الحال فتأخر ، والإيلاء قد يكون عن تراض كما مر وإن كان عن مغايظة لكن لزوم أحد المكروهين فيه لو تأخر عارض جهة المغايظة فتساقطا وعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير ، هذا حاصل مافى البحر والنهر (قوله بل إن قربها) أى فى يوم ولم يقربها بعده (قوله صار موليا) أى إذا غربت الشمس من ذلك اليوم لا بمجرد القربان ، بخلاف قوله سنة إلا مرة فإنه إذا قربها صار موليا من ساعته بحر (قوله وإلا لا) أى وإن لم يبق أربعة أشهر لايصير موليا (قوله فيصير موليا) أى مؤبدا لأن مابعد اليوم المستثنى لاغاية له فيجرى عليه مامر من حكم الإيلاء المؤبد، ولو حذف قوله إلا يوما وتركها سنة صار موليا ووقع عليه طلقتان فقط كما فى البحر عن الولوالجية وقدمناعبارتها (قوله لم يكن موليا أبدا) سواء قربها أولا بحر (قوله وهى بها) أى قال ذلك والحال أن زوجته بمكة (قوله فيطأها) أى فى المدة من غير شىء يلزمه ، فإن كان لايمكنه بأن كان بين الموضعين ثمانية أشهر صار موليا على مافى جوامع الفقه ، وأما على ماذكره قاضيخان فالعبرة لأربعة أشهر . والذى يظهر ضعفه لإمكان خروج كل منهما إلى الآخر فيلتقيان فى أقل من ذلك بحر . وفيه أنه لم يتحقق الإيلاء على كل من القولين لأنه الحلف على ترك قربانها والحلف هنا على عدم الدخول . وقد يجاب بأنه من كنايته فلا يكون موليا به إلا بالنية ط (قوله لبقاء الزوجية) فيتناولها قوله تعالى — للذين يؤلون من نسائهم — .

واعترض بأن الإيلاء جزاء الظلم بمنع حقها من الجماع والرجعية لاحق لها فيه لاقضاء ولا ديانة حتى استحب له مراجعتها بدون الجماع فلا يكون ظالما . وأجاب شمس الأئمة الكردى بأن الحكم فى المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى ، وتمامه فى العناية . قال فى الفتح : ألا ترى لايثبت الإيلاء وإن أسقطت حقها فى الجماع لخوف الغيل

ويبطل بمضى العدة :

(ولو آلى من مبانته أو أجنبية نكحها بعده) أى بعد الإيلاء ولم يضفه للملك كما مر (لا) يصح لفوات محله ولو وطئها كفر لبقاء اليمين ؛ ولو آلى فأبانها ، إن مضت مدته وهى فى العدة بانت بأخرى وإلا لا خانية (عجز) عجزا حقيقيا لا حكميا كإحرام لكونه باختياره (عن وطئها لمرض بأحدهما

على ولد أو غيره ، فعلم أن التعليل بالظلم باعتبار بناء الأحكام على الغالب (قوله ويبطل بمضى العدة) أى بمضيها قبل تمام مدته ، أما لو كانت من ذوات الأقراء وامتد طهرها بانت بمضى مدته نهر (قوله من مبانته) أى بثلاث أو ببائن نهر (قوله نكحها) أى الأجنبية بعده : فلو مضى أربعة أشهر وهى فى نكاحه ولم يقربها لم تبن ، وأما لو نكح المبانة(١) فنذكره قريبا عن الخانية (قوله ولم يضفه للملك) أما إذا أضافه بأن قال إن تزوجتك فوالله لا أقربك كان موليا ط (قوله كما مر) فى شرح قول المصنف وشرطه محلية المرأة ط (قوله لفوات محله) لأن شرطه محلية المرأة بكونها منكوحة وقت تنجيز الإيلاء كما قدمه المصنف (قوله لبقاء اليمين) أى فى حق وجوب الكفارة عند الحنث لأن انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا ؛ ألا ترى أنها تنعقد على ما هو معصية فتح (قوله ولو آلى) أى من زوجته فأبانها بعده صح ، أشار به إلى أن بقاء النكاح بعده غير شرط (قوله وإلا لا) أى وإن لم تمض المدة فى العدة بل بعدها لا تبين . وفى الخانية أيضا(٢) إن تزوجها قبل انقضاء العدة كان الإيلاء على حاله ، حتى لو تمت أربعة أشهر من وقت الإيلاء بانت بأخرى ، وإن تزوجها بعد انقضاء العدة كان موليا ، وتعتبر مدته من وقت التزوج (قوله عجز عن وطئها) ظاهر صنيعه أن العجز حدث بعد الإيلاء مع أنه يشترط فى العجز دوامه من وقت الإيلاء إلى مضى مدته كما يأتى التصريح به ، فالمراد به العجز القائم لا العارض ، ثم رأيت فى الهندية عن الفتح : هذا إذا كان عاجزا من وقت الإيلاء إلى مضى أربعة أشهر الخ . ثم قال : وإن كان الإيلاء معلقا بالشرط فإنه تعتبر الصحة والمرض فى حق جواز الفىء باللسان حال وجود الشرط لا حالة التعليق اهـ (قوله عجزا حقيقيا) بأن لا يكون المانع عن الوطء شرعيا فإنه لو كان شرعيا يكون قادرا عليه حقيقة عاجزا عنه حكما كما فى البدائع (قوله لا حكميا كإحرام) أى كما إذا آلى من امرأته وهى محرمة أو هو محرم وبينهما وبين الحج أربعة أشهر ، فإن فيأه لا يصح إلا بالفعل وإن كان عاصيا فى فعله كذا فى التاترخانية عن شرح الطحاوى : وعلله فى الفتح والبحر بأنه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا اهـ . وقوله فيما لزمه : أى من وقوع الطلاق ، وهو متعلق بالمتسبب ، والطريق المحظور هو الايلاء فإنه فعله باختياره ، فكان متسببا فيما لزمه به مع قدرته على الجماع حقيقة فصار ظالما بمنع حقها وهو حق عبده فلا يسقط وإن عجز عنه حكما بسبب الاحرام ، ولا يكون عجزه الحكمى سببا للتخفيف بالفىء باللسان ، لأنه بمباشرته المحظور لم يستحق التخفيف ، وإنما استحقه فى العجز الحقيقى لأنه لا تكليف بما لا يطاق ، فصار كالعاصى بسفره إذا عجز عن الماء يباح له التيمم ، هذا ما ظهر لى (قوله لكونه باختياره) أى لكون الإيلاء لا الإحرام كما ظهر لك مما قررناه ولا سيما فى صورة إحرام المرأة ، وهذا يؤكد ما قلنا من أن حيضها غير مانع من صحة الإيلاء ، لأن غايته أنه مانع شرعى وإلا لزم أن لا يصح فى مسألة

---

(١) (قوله وأما لو نكح المبانة الخ) أى المبانة بعد الإيلاء كما هو موضوع مسألة الخانية الآتية، وليس المراد أنه آلى من المبانة ثم تزوجها ، لأن الحكم فى هذه المسألة كالحكم فى الأجنبية اهـ .

(٢) (قوله وفى الخانية أيضا الخ) موضوع المسألة ما ذكره الشارح بقوله ولو آلى فأبانها : أى آلى من زوجته فأبانها كما نبهنا عليه قريبا .

أو صغرها أو رتقها) أوجبه أو عنته (أو بمسافة لايقدر على قطعها فى مدة الإيلاء أولحبسه) إذا لم يقدر على وطئها فى السجن كما فى البحر عن الغاية ، وقوله (لابحق) لم أره لغيره فليراجع ، وكذا حبسها ونشوزها ففيئه(نحو) قوله بلسانه (فئت إليها) أو راجعتك أوأبطلت الإيلاء أو رجعت عماقلت ونحوه لأنه آذاها بالمنع فيرضيها بالوعد (فإن قدر على الجماع فى المدة ففيؤه الوطء فى الفرج) لأنه الأصل (فإن وطىء فى غيره) كدبر (لا) يكون فيئا ، ومفاده

الإحرام كماقدمناه (قوله أوصغرها) أماصغره فهو مانع من صحة الإيلاء كماقدمناه (قوله أو رتقها) رتقت المرأة من باب تعب فهى رتقاء : إذا انسد مدخل الذكر من فرجها ولا يستطاع جماعها مصباح (قوله أو جبه أو عنته) أى كونه مجبوبا أو عنينا (قوله أو بمسافة الخ) عطف على قوله لمرض (قوله فى مدة الإيلاء) أى أربعة أشهر أو أكثر كما صرح به فى الفتح وكافى الحاكم الشهيد ، وقال : وإن كان أقل من أربعة أشهر لم يجز الفىء إلا بالجماع أى وإن منعه سلطان أو عدوّ ولأنه نادر على شرف الزوال كما فى الفتح (قوله أو لحبسه الخ) قال فى الفتح : واختلف فى الحبس ، فصحح الفىء باللسان بسببه فى البدائع ، وفى شرح الطحاوى خلافه وهو جواب الرواية ، نص عليه الحاكم فى الكافى ، ووفق فى البدائع بحمل مافى الكافى وشرح الطحاوى على إمكان الوصول إلى السجن بأن تدخل عليه فيجامعها والحبس بحق لايعتبر فى الفىء باللسان وبظلم يعتبر اه فما ذكره الشارح هو التوفيق المذكور .

وأفاد فى الفتح بقوله والحبس بحق الخ أن هذا الخلاف والتوفيق إنما هو فيما إذا كان الحبس بظلم ، فلو بحق لايعتبر أصلا لأنه قادر على الخروج منه بايفاء الحق ، ويحتمل أن يكون إشارة إلى توفيق آخر وعليه مشى المقدسى (قوله فليراجع) قال ح راجعناه فرأيناه منقولا فى الفتاوى الهندية عن غاية السروجى . قلت : ولقد أبعد فى النجعة(١) فإنه مذكور فى الفتح كما سمعته (قوله وكذا حبسها) أى سواء كان بحق أو بظلم لأن العذر إذا لم يكن منه لم يقدر على رفعه رحمتى (قوله ونشوزها) قال فى البحر : ودخل تحت العجز أن تكون ممتنعة منه أو كانت فى مكان لا يعرفه وهى ناشزة أو حال القاضى بينهما لشهادة الطلاق الثلاث للتزكية (قوله ففيؤه الخ) أى المبطل للإيلاء فى حق الطلاق ، أما فى حق بقاء اليمين باعتبار الحنث فلا ، حتى لو وطئها بعد الفىء باللسان فى مدة الإيلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث بحر ، لأن اليمين لاتنحل إلا بالحنث والحنث إنما يحصل بفعل المحلوف عليه والقول ليس محلوفا عليه فلا تنحل اليمين بدائع (قوله بلسانه) قيد به لأن المريض لوفاء بقلبه لابلسانه لايعتبر بحر عن الخانية ، وقيل يعتبر إن صدّقته والأول أوجه فتح (قوله ونحوه) كرجعتك وارتجعتك ، فقول المصنف نحو قوله الخ لبيان أن لفظ فئت غير قيد ، وقول الشارح هنا ونحوه لبيان أنه لم يستوف ألفاظه ، لأن المراد مايدل على الفىء فافهم (قوله فإن قدر على الجماع الخ) شمل ما إذا كان قادرا وقت الإيلاء ثم عجز بشرط أن يمضى زمن يقدر على وطئها بعد الإيلاء ، وما إذا كان عاجزا وقته ثم قدر فى المدة ، وقيد بكونه فى المدة لأنه لوقدر عليه بعدها لايبطل بحر (قوله لأنه الأصل) أى واللسان خلفه ، وإذا قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل كالمتيمم إذا رأى الماء فى صلاته بحر (قوله فإن وطىء فى غيره) كذا إذا وطئها حال الحيض أو قبلها بشهوة أولمسها أونظر إلى فرجها بشهوة كما فى الهندية ط .

قلت : لكن الذى فى الهندية خلاف ما نقله عنها فى مسألة الحيض ، ونصها : المريض المولى إذا جامع امرأته فيما دون الفرج لا يكون ذلك فيئا منه ، وإن قربها فى حالة الحيض يكون فيئا كذا فى الظهيرية اه ويؤيده ماقدمناه عن التاترخانية من صحة الفىء بالوطء حالة الإحرام ، فإن المانع الشرعى موجود فى كل منهما فافهم (قوله ومفاده الخ)

---

(١) النجعة : اسم من الانتجاع ، وهو طلب الكلام ، ومنه أبعد فى النجعة ، كذا فى المغرب اه منه .

اشتراط دوام العجز من وقت الإيلاء إلى مضى ّ مدته ، وبه صرح فى الملتقى . وفى الحاوى : آلى وهو صحيح ثم مرض لم يكن فيؤه إلا الجماع . وبقى شرط ثالث ذكره فى البدائع ، وهو قيام النكاح وقت الفىء باللسان ، فلو أبانها ثم فاء بلسانه بقى الإيلاء .

(قال لامرأته أنت علىّ حرام)

أى مفاد قوله فان قدر على الجماع الخ أنه يشترط لصحة الفىء باللسان دوام العجز .

قلت : ومفاد هذا الشرط أنه لو زال العجز بطل الفىء باللسان وإن وجد فى المدة عجز غيره ، لما فى جامع الفصولين فى طلاق المريض : إذا آلى مريض ثم مرضت امرأته قبل برئه ثم برئ وبقيت مريضة إلى مضى المدة ، فإن فيئه بجماع عندنا ، وعند زفر بلسانه .

لنا أنه اختلف سبب الرخصة إذ كلا المرضين يوجب جواز الفىء بلسانه ، واختلاف أسباب الرخصة يمنع الاحتساب بالرخصة الأولى على الثانية ، وتصير الأولى كأن لم تكن : كمسافر تيمم لعدم الماء ثم مرض مرضا يبيح له التيمم بانفراده ، كذا هنا مرض المرأة يبيح الفىء بلسانه فلا يبنى حكمه على مرض الزوج اه وقد لخص الشارح هذه العبارة فى باب التيمم ، لكن فى الفتح والبدائع : ولو آلى إيلاء مؤبدا وهو مريض وبانت بمضى المدة ثم صح وتزوجها هو مريض ففاء بلسانه لم يصح عندهما وصح عند أبى يوسف ، وهو الأصح على ماقالوا لأن الإيلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض ، وفى زمان الصحة هى مبانة لاحق لها فى الوطء فلا يعود حكم الإيلاء فيه . ولهما أنه إذا صح فى المدة الثانية فقد قدر على الجماع حقيقة فسقط اعتبار الفىء باللسان فى تلك المدة وإن كان لايقدر على جماعها إلا بمعصية كمامر فيما إذا كان محرما اه فهنا اختلف سبب الرخصة ولم يعتبر على قول أبى يوسف فتأمل ، ولعل الجواب أن اختلاف أسباب الرخصة إنما يمنع الاحتساب بالرخصة الأولى إذا اجتمع السببان فى وقت واحد فإنه حينئذ يعتبر الأول ويلغو الثانى ، فإذا زال الأول لم يعتبر الثانى بعد الحكم بإلغائه ، بخلاف ما إذا وجد الثانى بعد زوال الأول فإن الثانى يعمل عمله لعدم مايلغيه كما فى المسألة الثانية ويدل على ذلك أنهم لم يعللوا قول الإمامين باختلاف أسباب الرخصة كما سمعت ، فاغتنم هذا التحرير فإنه مفرد (قوله وبه صرح فى الملتقى) قلت وكذا فى البدائع (قوله وفى الحاوى الخ) من فروع الشرط المذكور كما فى البدائع (قوله ثم مرض) أى بعد مضى مدة من صحته يقدر فيها على الجماع ، فإن كان لا يقدر لقصرها ففيؤه بالقول لأنه ليس بمفرط فى ترك الجماع فكان معذورا بدائع (قوله وبقى شرط ثالث) أى زائد على مامر من اشتراط العجز واشتراط دوامه (قوله وهو قيام النكاح) بأن تكون زوجته غير بائنة منه بدائع (قوله بقى الإيلاء) فإذا تزوجها ومضت المدة تبين منه ، لأن الفىء بالقول حال قيام النكاح إنما يرفع الإيلاء فى حق حكم الطلاق لحصول إيفاء حقها به ولا حق لها حال البينونة ، بخلاف الفىء بالجماع فإنه يصح بعد ثبوت البينونة حتى لايبقى الإيلاء بل يبطل ، لأنه حنث بالوطء فانحلت اليمين وبطلت ولم يوجد الحنث ، وههنا لاتنحل ّ اليمين ولا يرتفع الإيلاء بدائع .

مطلب فى قوله أنت علىّ حرام

(قوله قال لامرأته أنت على حرام إيلاء إن نوى التحريم الخ) أقول : هكذا عبارة المتون هنا ، وعبارتها فى كتاب الأيمان : كل حل علىّ حرام فهو على الطعام والشراب والفتوى على أنه تبين امرأته من غير نية . وذكر فى الهداية هناك أنه ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف ، فإنه يستعمل فيما يتناول عادة ، فيحنث إذا أكل أوشرب ولا يتناول المرأة إلا بالنية ، وإذا نواها كان إيلاء ، ولاتصرف اليمين عن المأكول والمشروب ، وهذاكله جواب

ونحو ذلك كأنت معى فى الحرام (إيلاء إن نوى التحريم أو لم ينو شيئا ، وظهار إن نواه ، وهدر إن نوى الكذب) وذا ديانة ، وأما قضاء فإيلاء قهستانى (وتطليقة بائنة) إن نوى الطلاق وثلاث إن نواها ، ويفتى بأنه طلاق بائن

ظاهر الرواية . ثم ذكر اختيار المشايخ المتأخرين أنه تبين امرأته بلا نية .

وحاصله أن ظاهر الرواية انصرافه للطعام والشراب عرفا ، وإذا نوى تحريم المرأة لا يختص بها بل يصير شاملا لها وللطعام والشراب ، وبه ظهر أن ماهنا من التفصيل بين نية تحريم المرأة أو الظهار أو الكذب أو الطلاق خاص بما إذا لم يكن اللفظ عاما ، بخلاف ما إذا كان عاما مثل كل حل أو حلال الله أو حلال المسلمين فإنه ينصرف للطعام والشراب بلا نية للعرف ، وللمرأة أيضا إن نواها ، والفتوى على قول المتأخرين بانصرافه إلى الطلاق البائن عاما كان أو خاصا ، فاغتنم هذا التحرير (قوله ونحو ذلك) أى من الألفاظ الخاصة كما علمت (قوله إيلاء الخ) أى مطلق فى معنى المؤبد وقد مر حكمه . قال فى الدر : فإن هذا اللفظ مجمل فكان بيانه إلى المجمل ، فإن قال أردت به التحريم أو لم أرد به شيئا كان يمينا ويصير به موليا ، لأن تحريم الحلال يمين (قوله وظهار إن نواه) لأن فى الظهار حرمة ، فإذا نواه صح لأنه محتمله درر (قوله وهدر) بالتحريك أى باطل (قوله إن نوى الكذب) لأنه نوى حقيقة كلامه إذ حقيقته وصفها بالحرمة وهى موصوفة بالحل فكان كذبا .

وأورد : لو كان حقيقة كلامه لانصرف إليه بلا نية مع أنه بلا نية ينصرف إلى اليمين . والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال إلا بالنية واليمين الحقيقة الثانية بواسطة الاشتهار بحر عن الفتح . وحاصله أن الأولى حقيقة لغوية والثانية عرفية (قوله وأما قضاء فإيلاء) أى لا يصدق فى القضاء أنه أراد الكذب ، لأن تحريم الحلال يمين بالنص وهذا قول شمس الأئمة السرخسى . قال فى الفتح : وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكره والأول قول الحلوانى وهو ظاهر الرواية ، لكن الفتوى على العرف الحادث اه .

وحاصله أن فيه عرفين : عرف أصلى وهو كونه يمينا بمعنى الإيلاء . وعرف حادث وهو إرادة الطلاق ، وما قاله شمس الأئمة من أنه لا يصدق فى القضاء ، بل يكون إيلاء مبنى على العرف الأصلى ، والفتوى على العرف الحادث لأن كلام كل عاقد وحالف ونحوه يحمل على عرفه وإن خالف ظاهر الرواية ، كما قالوا من أن الحاكم أو المفتى ليس له أن يحكم أو يفتى بظاهر الرواية ويترك العرف ، فكان الصواب ماقاله شمس الأئمة من أنه لا يصدق قضاء ولكن حمله على الإيلاء ليس هو الصواب فى زماننا ، بل الصواب حمله على الطلاق لأنه العرف الحادث المفتى به ، فقوله فى الفتح : وهذا هو الصواب على ماعليه العمل والفتوى احتراز عن إرادة (١) اليمين أى الإيلاء الذى هو العرف الأصلى ، وبهذا التقرير سقط مافى البحر والنهر من أن فيه نظرا لأن العمل والفتوى إنما هو فى انصرافه إلى الطلاق من غير نية لافى كونه يمينا اه (قوله إن نوى الطلاق) أى أو دلت عليه الحال نهر : أى بأن كان فى حال مذاكرة الطلاق ، أما فى حالة الرضا أو الغضب فلابد من النية لأنه مما يصلح سبا كما مر فى الكنايات فافهم ، وشمل نية الطلاق ما إذا نوى واحدة أو ثنتين فى الحرة وما إذا طلقها واحدة ثم قال أنت على حرام ناويا ثنتين فإنه وإن تم به الثلاث لم يقع بالحرام إلا واحدة كما فى البحر ، وسيأتى فى الفروع آخر الباب خلافا لما يوهمه كلام الفتح من أنه لا يقع به شىء كما سنذكره (قوله وثلاث إن نواها) لأن هذا اللفظ من الكنايات على مامر وفيها تصح نية الثلاث نهر ،

---

(١) (قوله احتراز عن إرادة الخ) لعل هذا سبق قلم ، وأصل العبارة احتراز عن تصديقه فى نية الكذب كما يدل عليه سياق الكلام. وقد أبقى شيخنا العبارة على حالها ، وأفاد أن قول المحشى احتراز عن إرادة اليمين الخ معناه أنه احتراز عن قول السرخسى : وحمل مرجع الضمير فى قول الكمال ، وهذا هو الصواب على قول ذكره أولا ولم يذكره المحشى هنا . قال : ويدل عليه قول الكمال : على ما عليه العمل والفتوى ، فإن ما عليه العمل والفتوى إنما هو الحكم بالطلاق لا الإيلاء اه فتأمل .

وإن لم ينوه) لغلبة العرف ، ولذا لايحلف به إلا الرجال ، ولو لم تكن له امرأة

ولا تصح نية الثنتين لأنهما عدد محض كما مر إلا إذا كانت أمة (قوله وإن لم ينوه) هذا فى القضاء ، وأما فى الديانة فلا يقع مالم ينو ، وعدم نية الطلاق صادق بعدم نية شىء أصلا وبنية الظهار أو الإيلاء ، فإنه لايصدق قضاء كما صرح به الزيلعى ، حيث قال : وعن هذا لو نوى غيره لايصدق قضاء ح .

قلت : الظاهر أنه إذا لم ينو شيئا أصلا يقع ديانة أيضا . قال فى البحر : وذكر الإمام ظهير الدين لانقول لاتشترط النية لكن يجعل ناويا عرفا اه وفى الفتح : فصار كما إذا تلفظ بطلاقها لايصدق فى القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى اه فهذا ظاهر فيما قلنا فافهم (قوله لغلبة العرف) إشارة إلى مافى البحر ؛ حيث قال : فإن قلت إذا وقع الطلاق بلا نية ينبغى أن يكون كالصريح فيكون الواقع به رجعيا . قلت : المتعارف به إيقاع البائن ، كذا فى البزازية اه .

أقول : وفى هذا الجواب نظر فإنه يقتضى أنه لو لم يتعارف به إيقاع البائن يقع به الرجعى كما فى زماننا ، فإن المتعارف الآن استعمال الحرام فى الطلاق ، ولا يميزون بين الرجعى والبائن فضلا عن أن يكون عرفهم فيه البائن ، وعلى هذا فالتعليل بغلبة العرف لوقوع الطلاق به بلا نية ، وأما كونه بائنا فلأنه مقتضى لفظ الحرام ، لأن الرجعى لايحرم الزوجة مادامت فى العدة وإنما يصح وصفها بالحرام بالبائن ، وهذا حاصل مابسطناه فى الكنايات فافهم .

[تنبيه] قال الخير الرملى فى حاشية المنح فى كتاب الأيمان : أقول أكثر عوام بلادنا لايقصدون بقولهم أنت محرمة علىّ أو حرام علىّ أو حرمتك علىّ إلا حرمة الوطء المقابل لحمله ، ولذلك أكثرهم يضرب مدة لتحريمها ، ولايريد قطعا إلا تحريم الجماع إلى هذه المدة ، ولاشك أنه يمين موجب للإيلاء تأمل ، فقلّ من حقق هذه المسألة على وجهها ، وانظر إلى قولهم لانقول لاتشترط النية ، لكن يجعل ناويا عرفا ، فهو صريح فى اعتبار العرف ، فإن لم يكن العرف كذلك بل كان مشتركا تعين اعتبار النية وتصديق الحالف كما هو مذهب المتقدمين اه .

وفى أيمان الفتح : وقال البزدوى فى مبسوطه : لم يتضح لى عرف الناس فى هذا : أى فى كل حل علىّ حرام ، لأن من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ، ولو كان العرف مستفيضا فى ذلك لما استعمله إلا ذو الحليلة ، فالصحيح أن نقول إن نوى الطلاق يكون طلاقا فأما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الإنسان فيه ولا يخالف المتقدمين .

واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام علىّ كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة ، وتعارفوا أيضا : الحرام يلزمنى ، ولا شك فى أنهم يريدون الطلاق معلقا فإنهم يزيدون بعده لا أفعل كذا فهى طلاق ، ويجب إمضاؤه عليهم .

والحاصل أن المعتبر فى انصراف هذه الألفاظ عربية أو فارسية إلى معنى بلا نية التعارف فيه ، فإن لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال أردت غيره يصدق ديانة لاقضاء اه مافى الفتح ، وتبعه فى البحر .

قلت : والمتعارف فى ديارنا إرادة الطلاق بقولهم علىّ الحرام لا أفعل كذا دون غيره من الألفاظ المذكورة (قوله ولذا لايحلف به إلا الرجال) أى حيث يقال إن فعلت كذا فكل حلال عليه حرام (قوله ولو لم تكن له امرأة) قال فى البزازية : وفى المواضع التى يقع الطلاق بلفظ الحرام إن لم تكن له امرأة إن حنث لزمته الكفارة ، والنسفى على أنه لاتلزمه اه ومثله فى البحر .

أو حلفت به المرأة كان يمينا ، كما لو ماتت أو بانت لا إلى عدة ثم وجد الشرط لم تطلق امرأته المتزوجة ، به يفتى لصيرورتها يمينا ولا تنقلب طلاقا ، ومثله أنت معى فى الحرام والحرام يلزمنى وحرمتك علىّ وأنت محرمة أو حرام علىّ أو لم يقل علىّ وأنا عليك حرام أو محرم أوحرمت نفسى عليك أو أنت علىّ كالحمار أو كالخنزير بزازية.

(ولو كان له) أربع (نسوة) والمسألة بحالها (وقع على كل واحدة منهن طلقة) بائنة (وقيل تطلق واحدة

قلت : وفى الظهيرية مايفيد التوفيق فإنه قال : وإن حلف بهذا اللفظ أنه ما كان فعل كذا ، وقد كان فعل ولم تكن له امرأة لايلزمه شيء لأنه جعل يمينا بالطلاق ، ولو جعلناه يمينا بالله تعالى فهو غموس، وإن حلف على أمر فى المستقبل ففعل وليس له امرأة كان عليه الكفارة لأن تحريم الحلال يمين اه فيحمل كلام النسفى على الحلف على غير المستقبل .

وبما قررناه ظهر لك أن مافى أيمان النهاية عن النوازل إن لم تكن له امرأة تلزمه الكفارة معناه إذا حلف على أنه لايفعل كذا فى المستقبل وحنث بفعله لا كما حمله عليه فى البحر هناك من أن معناه إذا أكل أو شرب وقال لانصرافه عند عدم الزوجة إلى الطعام والشراب اه لأن انصرافه إلى ذلك قبل تغير العرف بارادة الطلاق من لفظ الحرام ، أما بعده فيصير يمينا عند عدم الزوجة كما سمعت من كلامهم ، ويأتى قريبا مثله (قوله أو حلفت به المرأة) قال فى البحر : قيد بالزوج، لأن الزوجة لو قالت لزوجها أنا عليك حرام أو حرمتك صار يمينا ،حتى لو جامعها طائعة أو مكرهة تحنث اه وقوله طائعة أو مكرهة أولى من قول الفتح فلومكنته حنثت وكفرت (قوله كما لو ماتت الخ) نص عبارة البزازية : وإذا كان له امرأة وقت الحلف وماتت قبل الشرط أو بانت لا إلى عدة ثم باشر الشرط الصحيح أنه لاتطلق امرأته المتزوجة ،وعليه الفتوى لأن حلفه صار حلفا بالله تعالى وقت الوجود فلا ينقلب طلاقا اه وهكذا نقل العبارة فى البحر عن البزازية . ولا يخفى أن التعليل لايناسب ماقبله ، وفى العبارة سقط يدل عليه مانقله ح عن الخانية ونصه : وإن كان له امرأة وقت اليمين فماتت قبل الشرط أو بانت لا إلى عدة ثم باشر الشرط لاتلزمه كفارة اليمين ،لأن يمينه انصرفت إلى الطلاق وقت وجودها ، وإن لم تكن له امرأة وقت اليمين فتزوج امرأة ثم باشر الشرط اختلفوا فيه . قال الفقيه أبو جعفر : تبين المتزوجة . وقال غيره لاتطلق ،وعليه الفتوى لأن يمينه جعلت يمينا بالله تعالى وقت وجودها فلا تصير طلاقا بعد ذلك اه .

قلت : ومثله فى أيمان البحر عن الظهيرية ، فقد سقط من عبارة البزازية قوله ثم باشر الشرط إلى قوله ثانيا ثم باشر الشرط (قوله ومثله) أى مثل أنت علىّ حرام والأولى ذكر هذه الجملة عند أول المسألة كما فعل فى النهر (قوله والحرام يلزمنى) هذا ذكره فى الفتح كما قدمناه ، ومثله علىّ الحرام كما مر (قوله أو لم يقل علىّ) رد على صاحب خزانة الأكمل حيث اشترطه كما أوضحه فى البحر عن القنية ، وقدمناه فى الكنايات عن البحر أنه إذا أضاف الحرمة أو البينونة إليها كانت بائن أو حرام وقع من غير إضافة إليه ، وإن أضاف إلى نفسه كأنا حرام أو بائن لايقع من غير إضافة إليها ، وإن خيرها فأجابت بالحرمة أو البينونة فلابد من الجمع بين الإضافتين :أنت حرام علىّ أو أنا حرام عليك،أنت بائن منى أو أنا بائن منك اه (قوله أو حرمت نفسى عليك) فى هذا يشترط أن يقول عليك نهر ، لأنه أضاف الحرمة إلى نفسه . قال فى البزازية : حتى لو قال حرمت نفسى ولم يقل عليك ونوى الطلاق لايقع (قوله أو أنت علىّ كالحمار الخ) قال فى البزازية :وإن قال أنت علىّ كالحمار والخنزير أو ماكان محرم العين فهو كقوله أنت علىّ حرام،وإن لم ينوهل يكون يمينا فقد اختلفوا فيه اه . ومقتضاه أنه لولم ينو الطلاق لايكون طلاقا لعدم العرف،بخلاف أنت علىّ حرام فإن العرف فيه قام مقام النية كما مر فافهم (قوله والمسألة بحالها)

منهن) وإليه البيان كما مر فى الصريح (وهو الأظهر) والأشبه، ذكره الزيلعى والبزازى وغيرهما . وقال الكمال : الأشبه عندى الأول ، وبه جزم صاحب البحر فى فتاواه ، وصححه فى جواهر الفتاوى ، وأقره المصنف فى شرحه لكن فى النهر يجب أن يكون معنى قول الزيلعى والمسألة بحالها ، يعنى التحريم لابقيد أنت علىّ حرام مخاطباً لواحدة كما فى المتن ، بل يجب فيه أن لايقع إلا على المخاطبة اهـ .

قلت : يعنى بخلاف حلال الله أو حلال المسلمين فإنه يعم ، وبه يحصل التوفيق فليحفظ .

سيأتى عن النهر بيانه (قوله كما مر فى الصريح) أى فى باب طلاق غير المدخول بها أنه لو طلق بالصريح كقوله امرأتى طالق وله أربع مثلا يقع على واحدة منهن بلا حكاية خلاف ، وقدمنا بسطه هناك (قوله ذكره الزيلعى) الضمير عائد إلى المذكور متنا وشرحا من قوله ولو كان له الخ (قوله وقال الكمال) عبارته : وفى الفتاوى : لو قال لامرأته أنت علىّ حرام أو حلال الله علىّ حرام فهذا على ثلاثة أوجه إلى أن قال : وإن كان له أربع طلقت كل واحدة طلقة ، وعلى فتوى الأوزجندى والإمام مسعود الكشانى تقع واحدة وإليه البيان . قال فى الذخيرة : والخلاصة هو الأشبه .

وعندى أن الأشبه مافى الفتاوى ، لأن قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة ، فإذا كان فيه عرف فى الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لأن حلال الله يشملهن على سبيل الاستغراق لاعلى سبيل البدل كما فى قوله إحداكن طالق اهـ . وأنت خبير بأن تعليله صريح فى أن محل الخلاف والترجيح هو اللفظ العام لا الخاص كأنت علىّ حرام وإن كان مذكورا فى عبارة الفتاوى ، إذ لايخفى على أحد أنه لايدخل فيه سوى المخاطبة ، فليس النزاع فيه كما يأتى عن النهر : ويدل على ذلك أيضا أنه فى الذخيرة قد حكى الخلاف المذكور فى حلال المسلمين علىّ حرام كذا فى البزازية (قوله لكن فى النهر الخ) استدراك على مامر من قول الزيلعى والمسألة بحالها ، فإنه يوهم أن المراد المسألة المذكورة قبله فى الكنز ، وهى : أنت علىّ حرام مع أن هذا لايمكن جريان الخلاف فيه ، فيجب كون المراد الإتيان بلفظ حرام ، لكن لا بالخطاب مع واحدة كما وقع فى المتن ، بل على وجه عام كحلال الله أو حلال المسلمين علىّ حرام ، فإن هذا هو محل النزاع كما علمته من عبارة الكمال (قوله قلت الخ) بيان لقول النهر لابقيد أنت علىّ حرام الخ . وحاصله أنه ليس مراد الزيلعى اللفظ الخاص بل العام كما قلنا (قوله وبه يحصل التوفيق) أى بما ذكره فى النهر وذلك بحمل القول بأنه يقع على كل واحدة منهن طلقة على ما إذا كان اللفظ عاما ، والقول بأنه تطلق واحدة منهن فقط على ما إذا كان اللفظ خاصا ، هذا هو المتبادر من كلام الشارح ولا يخفى مافيه فإن الزيلعى قد ذكر الخلاف ، وقد حملنا كلامه على أن مراده ما إذا كان اللفظ عاما فيكون الخلاف فيه وهو صريح كلام الفتح والذخيرة والبزازية كما علمت . وأيضا كيف يصح فى أنت علىّ حرام أن يقال يقع على واحدة من الأربع وإليه البيان ، بل لايقع إلا على المخاطبة فقط .

وأما ماذكره الشارح فى باب طلاق غير المدخول بها من حمله كلام الزيلعى على نحو امرأتى علىّ حرام ، وتفرقته بينه وبين امرأتى طالق حيث جعل الخلاف المذكور جاريا فى الأول دون الثانى ، وعزاه هناك إلى المصنف فقد ذكرنا هناك أنه مخالف لكلام المصنف ، فإن المصنف حمل كلام الزيلعى على حلال المسلمين ، وحققنا هناك عدم الفرق بين قوله امرأتى حرام وامرأتى طالق ، وأنه فى كل منهما يقع على واحدة وإليه البيان . لأن لفظ امرأتى عمومه بدلى يصدق على واحدة منهن لا بعينها ، بخلاف حلال المسلمين فإن عمومه استغراقى يعم

[فروع] أنت على حرام ألف مرة تقع واحدة .
طلقها واحدة ثم قال أنت حرام ناوياً ثنتين تقع واحدة .
كرره مرتين ونوى بالأول طلاقا وبالثانى يمينا صح .
قال ثلاث مرات : حلال الله على حرام إن فعلت كذا ووجد الشرط وقع الثلاث .
قال لهما : أنتما على حرام ونوى فى إحداهما ثلاثا وفى الأخرى واحدة فكما نوى به يفتى ، وتمامه فى البزازية .
قال : أنتما على حرام حنث بوطء كل .
ولو قال : والله لا أقربكما لم يحنث إلا بوطئهما ، والفرق لايخفى .

الكل دفعة واحدة ، وإذا كان لاخلاف فى قوله امرأتى طالق فى أنه لايقع إلا على واحدة يقال مثله فى امرأتى حرام ، وكون أحدهما صريحا والآخر كناية لايوجب الفرق ، ومن ادعاه فعليه البيان .

والحاصل أنه لاخلاف فى إن أنت عليه حرام يخص المخاطبة وفى إن كل حل عليه حرام يعم الأربع لصريح أداة العموم الاستغراقى ، وفى : امرأته حرام أو طالق يقع على واحدة غير معينة ، وإنما الخلاف فى نحو : حلال الله أو حلال المسلمين ، فقيل يقع على واحدة غير معينة نظرا إلى صورة أفراده ، والأشبه أنه يعم الكل ، وقدمنا هناك تمام الكلام على ذلك ، فافهم واغنم هذا التقرير الفريد ، وانزع عنك قلادة التقليد ، (قوله تقع واحدة) كذا فى الذخيرة والبزازية . ووجهه أنه عبارة عن تكرير هذا اللفظ ألف مرة وهو لو كرره لايقع إلا الأول ، لأن البائن لايلحق البائن ، بخلاف مامر قبيل طلاق غير المدخول بها من أنه يقع الثلاث فيما لو قال للمدخول بها أنت طالق مرارا أو ألوفا ، لأنه صريح والصريح إذا تكرر يلحق الصريح ، ولذا قيد بالمدخول بها لبقاء العدة كما أوضحناه هناك فافهم (قوله ناويا ثنتين) أى بقوله أنت على حرام ، وقوله تقع واحدة لأن الثنتين عدد محض، ولفظ حرام لايحتمله إلا أن تكون أمة لأنه فى حقها الفرد الاعتبارى ، وفى قوله تقع واحدة رد على مافى الفتح من قوله لم يقع شىء فإنه سبق قلم ، والواقع فى عباراتهم لم تصح نيته ، بخلاف ما إذا نوى الثلاث فإنه يصح وتقع ثنتان تكملة للثلاث كما فى الخانية وغيرها ، أفاده فى البحر . وأجاب فى النهر بأن قوله لم يقع شىء أى بنيته وإن وقع بلفظه تأمل . وفيه رد أيضا على مافى الجوهرة من أنه يقع ثنتان إذا نواهما مع الأولى كما قدمه الشارح فى أول باب الصريح ، وقدمنا الكلام عليه هناك (قوله وبالثانى يمينا) أى إيلاء(١) وقوله صح : أى مانوى لأن فيه تشديدا على نفسه ، لأنه لو نوى به طلاقا أو أطلق وانصرف إلى الطلاق كما هو المفتى به لم يقع به شىء لأنه بائن والبائن لايلحق مثله كما مر فافهم (قوله ووقع الثلاث) لأن البائن يلحق البائن إذا كان معلقا لأنه حينئذ لايصلح جعله خبرا عن الأول كما مر فى بابه (قوله وتمامه فى البزازية) وعبارته قال: لامرأتيه أنتما على حرام ونوى الثلاث فى إحداهما والواحدة فى الأخرى صحت نيته عند الإمام وعليه الفتوى . ولو قال: نويت الطلاق فى إحداهما واليمين فى الأخرى عند الثانى يقع الطلاق عليهما وعندهما كما نوى . قال لثلاث : أنتن على حرام ونوى الثلاث فى الواحدة واليمين فى الثانية والكذب فى الثالثة طلقن ثلاثا ، وقيل هذا على قول الثانى ، وعلى قولهما ينبغى أن يكون على مانوى اهـ (قوله حنث بوطء كل) يعنى يكون إيلاء من كل واحدة منهما ، وهذا على غير المفتى به ، وعلى المفتى به يقع على كل واحدة منهما طلقة بائنة اهـ ح أى لأنه فى العرف طلاق (قوله والفرق لايخفى) الفرق هو أن هتك حرمة اسم الله تعالى لاتتحقق إلا بوطئهما ، وفى قوله أنتما على حرام صار إيلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود فى كل منهما كذا فى الفتح عن المحيط ، ومثله فى البحر وغيره .

---

(١) (قوله أى إيلاء الخ) فيه أن شرط صحة الإيلاء قيام الزوجية حقيقة وقد زالت بالبينونة ، تأمل ذلك.

وفى الجوهرة : كرر والله لاأقربك ثلاثا فى مجلس ؛ إن نوى التكرار اتحدا ؛ وإلا فالإيلاء واحد واليمين ثلاث ، وإن تعدد المجلس تعدد الإيلاء واليمين :

باب الخلع

(هو) لغة الإزالة ، واستعمل فى إزالة الزوجية بالضم وفى غيره بالفتح . وشرعا كما فى البحر (إزالة ملك النكاح) خرج به الخلع فى النكاح الفاسد وبعد البينونة والردة فإنه لغو كما فى الفصول

وقال ح : الفرق هو أن فى قوله أنتما علىّ حرام حرمهما على نفسه وتحريمهما تحريم لكل منهما ، وفى قوله لا أقربكما منع نفسه من قربانهما جميعا فلا يحنث إلا بوطئهما ، وقد صرح بهذا الفرق صاحب النهر فى كتاب الأيمان عند قوله ومن حرم ملكه لم يحرم ، حيث فرق بين أكل هذا الرغيف علىّ حرام وبين لا آكل هذا الرغيف بأن بتحريمه الرغيف على نفسه حرم أجزاءه أيضا ، وفى الثانى إنما منع نفسه من أكل الرغيف كله فلا يحنث بالبعض اه .

قلت : لكن ذكر فى البحر هناك عن الخانية : قال مشايخنا : الصحيح أنه لايحنث بأكل لقمة لأن قوله هذا الرغيف علىّ حرام بمنزلة قوله والله لآكل هذا الرغيف اه أى لأن تحريم الحلال يمين ، لكن مقتضى مامر عن الفتح أنه يفرق بين الحلف باسمه تعالى وبين غيره مما ألحق به تأمل (قوله إن نوى التكرار) أى التأكيد اتحدا أى يكون إيلاء واحدا ويمينا واحدة حتى لو لم يقربها فى المدة طلقت طلقة واحدة وإن قربها فيها لزمه كفارة واحدة (قوله وإلا) أى وإن لم ينو شيئا أو أراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار ، كذا فى الفتح (قوله فالإيلاء واحد الخ) والقياس أن يكون الإيلاء ثلاثا أيضا ، وهو قول محمد ؛ حتى إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها تبين بتطليقة ثم عقيبها تبين بأخرى ثم بأخرى إلا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع إلا واحدة . وفى الاستحسان وهو قولهما : الإيلاء واحد فلا يقع إلا واحدة لأن المدة لما كانت متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الإيلاء ، ويجب بالقربان ثلاث كفارات إجماعا ، لأن الشرط الواحد يكفى لأيمان كثيرة كما فى الفتح ، والله سبحانه أعلم .

باب الخلع

أخره عن الإيلاء ، لأن الإيلاء لتجرده عن المال كان أقرب إلى الطلاق ، بخلاف الخلع فإن فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة ، ولأن مبنى الإيلاء نشوز من قبله والخلع نشوز من قبلها غالبا ، فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة عناية (قوله هو لغة الإزالة الخ) يقال : خلعت النعل وغيره خلعا نزعته ، وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه فخلعها هو خلعا والاسم الخلع بالضم وهو استعارة من خلع اللباس ، لأن كل واحد منهما لباس للآخر ، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه بحر عن المصباح (قوله واستعمل الخ) ظاهره أنه خاص بالضم فى ذلك وهو اسم المصدر ، وهو خلاف مامر عن المصباح وأنه تصرف لغوى ، ونظيره مامر فى الطلاق أن الطلاق والإطلاق رفع القيد مطلقا لكنه خص الطلاق لغة برفع قيد النكاح واستعمل فى غيره الإطلاق (قوله وفى غيره) الأنسب وفى غيرها ط (قوله إزالة ملك النكاح) شمل مالو خالع المطلقة رجعيا بمال فإنه يصح ويجب المال بحر وسيأتى (قوله فإنه لغو) لأن النكاح الفاسد لايفيد ملك المتعة ، وبالبينونة والردة حصلت الإزالة قبله ، فلم يكن فى الخلع إزالة . قال فى البحر : فلا يسقط المهر ويبقى له بعد الخلع ولاية الجبر على النكاح فى الردة كما فى البزازية اهـ

قلت : وظاهر إطلاقه أنه لايسقط المهر فى النكاح الفاسد ولو بعد الوطء لكن فى جامع الفصولين : نكحها

(المتوقفة على قبولها) خرج مالو قال خلعتك ناوياً الطلاق فإنه يقع بائنا غير مسقط للحقوق لعدم توقفه عليه ، بخلاف خالعتك بلفظ المفاعلة أو اختلعي بالأمر ولم يسم شيئا فقبلت فإنه خلع مسقط ، حتى لو كانت قبضت البدل ردته خانية

فاسدا فوطئها فاختلعت بالمهر قيل يسقط إذ الخلع يجعل كناية عن الإبراء لأن الخلع وضع لهذا ، وقيل لايسقط لأن الخلع لغا لأنه إنما يصح فى النكاح القائم اه .

وفى البحر أيضا : ولو خالعها بمال ثم خالعها فى العدة لم يصح كما فى القنية ، ولكن يحتاج إلى الفرق بين ما إذا خالعها بعد الخلع حيث لم يصح وبين ما إذا طلقها بمال بعد الخلع حيث يقع ولا يجب المال وقد ذكرناه آخر الكنايات اه .

قلت : قدمنا الفرق هناك ، وهو أن الخلع بائن وهو لايلحق مثله ، والطلاق بمال صريح فيلحق الخلع ، وإنما لم يجب المال هنا لأن المال إنما يلزم إذا كانت تملك به نفسها ولذا يقع به البائن . وإذا طلقها بمال بعد الخلع لم يفد الطلاق ملكها نفسها لحصوله بالخلع قبله ، ولذا لزم المال فيما لو طلقها بمال ثم خلعها ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك هناك (قوله المتوقفة) بالرفع صفة لإزالة ، وقوله على قبولها : أى المرأة . قال فى البحر : ولابد من القبول منها حيث كان على مال أو كان بلفظ خالعتك أو اختلعي اه .

وفى التاترخانية : قال لامرأته : إذا دخلت الدار فقد خالعتك على ألف فدخلت الدار يقع الطلاق بألف يريد به إذا قبلت عند الدخول اه . ومفاده عدم صحة القبول قبل الشرط كما نذكره (قوله خرج مالو قال خلعتك الخ) أى ولم يذكر المال ، لأنه متى كان على مال لزم قبولها كما ذكرناه آنفا ، وقيد بقوله ناويا بناء على ظاهر الرواية لأنه كناية فلابد له من النية أو دلالة الحال ، لكن سيأتى أنه لغلبة الاستعمال صار كالصريح (قوله غير مسقط للحقوق) أى المتعلقة بالزوجية ، وسيأتى بيانها (قوله بخلاف خالعتك الخ) كان الأولى أن يقول بخلاف ما إذا ذكر المال أو قال خالعتك الخ . وأفاد أن التعريف خاص بالخلع المسقط للحقوق ، فقوله لها خلعتك بلا ذكر مال لايسمى خلعا شرعاً بل هو طلاق بائن غير متوقف على قبولها ، بخلاف ما إذا ذكر معه المال أو كان بلفظ المفاعلة أو الأمر فإنه لابد من قبولها كما مر لأنه معاوضة من جانبها كما يأتى . والظاهر أن خالعتك بلفظ المفاعلة إنما يتوقف على القبول لسقوط المهر لالوقوع الطلاق به ، إذ لايظهر فرق فى الوقوع بين خالعتك وخلعتك ، وسيأتى مايؤيده تأمل ، وفى حكمه الطلاق على مال فلابد من القبول وإن لم يسمّ خلعا ، وبه ظهر أنه لافرق عند ذكر المال بين خلعتك وخالعتك وأنه ليس كل ماتوقف على قبولها يسمى خلعاً ، ولا كل ما كان بلفظ الخلع يتوقف على القبول ويسقط الحقوق .

[تنبيه] فى التاترخانية وغيرها : مطلق لفظ الخلع محمول على الطلاق بعوض ؛ حتى لو قال لغيره اخلع امرأتى فخلعها بلا عوض لايصح (قوله أو اختلعي الخ) إذا قال لها اخلعي نفسك فهو على أربعة أوجه : إما أن يقول بكذا فخلعت يصح وإن لم يقل الزوج بعده أجزت أو قبلت على المختار ؛ وإما أن يقول بمال ولم يقدره أو بما شئت فقالت خلعت نفسي بكذا ، ففى ظاهر الرواية لايتم الخلع مالم يقبل بعده ، وإما أن يقول اخلعي ولم يزد عليه فخلعت . فعند أبى يوسف لم يكن خلعا . وعن محمد تطلق بلا بدل ، وبه أخذ كثير من المشايخ ، والرابع أن يقول بلا مال فخلعت يتم بقولها ، وتمامه فى جامع الفصولين ، ومثله فى الخانية . ولا يخفى أن ماذكره الشارح هو الوجه الثالث . وقد ذكر فى الخانية الخلاف المار ، وذكر أن قول محمد أخذ به أكثر المشايخ ، فما فيها خلاف ماعزاه إليها ، نعم ذكر فى الخانية قال : خالعتك فقبلت برئ عما عليه من المهر ، فإن لم يكن عليه مهر ردت ماساق

(بلفظ الخلع) خرج الطلاق على مال فإنه غير مسقط فتح ، وزاد قوله (أو مافى معناه) ليدخل لفظ المبارأة فإنه مسقط كما سيجىء ولفظ البيع والشراء فإنه كذلك كما صححه فى الصغرى خلافا للخانية ، وأفاد التعريف صحة خلع المطلقة رجعيا .

(ولا بأس به عند الحاجة) للشقاق بعدم الوفاق (بما يصلح للمهر) بغير عكس كلى لصحة الخلع بدون العشرة وبما فى يدها وبطن غنمها. وجوّز العينى انعكاسها :

(و) شرطه كالطلاق ،

إليها ، كذا ذكر الحاكم الشهيد ، وبه أخذ ابن الفضل ، وهذا يؤيد ماذكرنا عن أبى يوسف أن الخلع لايكون إلا بعوض اه لكن فيه كلام سنذكره (قوله بلفظ الخلع) متعلق بإزالة (قوله فإنه غير مسقط) أى للمهر على المعتمد كما سيذكره المصنف ، نعم يسقط النفقة ولو مفروضة كما سيأتى (قوله كما سيجىء) فى قول المصنف ويسقط الخلع والمبارأة الخ (قوله فإنه كذلك) أى خلع مسقط للحقوق بحر . قال فى العمادية : وذكر فى الملتقط : لو قال بعت منك نفسك ولم يذكر مالا فقالت اشتريت يقع الطلاق على ماقبضت من المهر وترده إليه ؛ وإن لم تقبض سقط مافى ذمة الزوج اه (قوله خلافا للخانية) حيث قال إن الصحيح أن الخلع بلفظ البيع والشراء لايوجب البراءة عن المهر إلا بذكره ، وفيه كلام سنذكره (قوله وأفاد التعريف الخ) لأن الرجعى لايزيل الملك (قوله ولا بأس به) أى ولو فى حالة الحيض ، فلا يكره بالإجماع لأنه لايمكن تحصيل العوض إلا به بحر أول كتاب الطلاق ، وقدمه الشارح هناك (قوله للشقاق) أى لوجود الشقاق وهو الاختلاف والتخاصم . وفى القهستانى عن شرح الطحاوى : السنة إذا وقع بين الزوجين اختلاف أن يجتمع أهلهما ليصلحوا بينهما ، فإن لم يصطلحا جاز الطلاق والخلع اه ط ، وهذا هو الحكم المذكور فى الآية ، وقد أوضح الكلام عليه فى الفتح آخر الباب (قوله بما يصلح للمهر) هذا التركيب يوهم اشتراط البدل فى الخلع لأن الظاهر تعلقه بإزالة ، مع أنك علمت أنه لو قال خالعتك فقبلت تم الخلع بلا ذكر بدل ، وبهذا اعترض في البحر على الفتح حيث ذكر فى التعريف قوله ببدل ، ثم قال إلا أن يقال مهرها الذى سقط به بدل فلم يعر عن البدل اه .

والأولى تعبير الكنز وغيره بقوله وما صلح مهرا صلح بدل الخلع ، فإن معناه أنه إذا ذكر في الخلع بدل يصلح جعله مهراً فإنه يصح ، وسيأتى أنه إذا بطل العوض فيه تطلق بائناً مجانا (قوله بغير عكس كلى) فلايصح أن يقال مالا يصلح مهرا لايصلح بدل الخلع ، لأن بعض مالا يصلح مهرا يصلح بدل خلع كما مثل ، فالكلية كاذبة ، نعم يصدق عكسها موجبة جزئية كبعض مايصلح بدل خلع يصلح مهرا (قوله وجوّز العينى انعكاسها) أى كلية تبعاً لقوله فى غاية البيان إنه مطرد منعكس كليا ، لأن الغرض من طرد الكلى أن يكون مالا متقوما ليس فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة بهذه المثابة . ومن عكس الكلى أن لايكون مالا متقوما أو أن يكون فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة مال متقوم ليس فيه جهالة ، فلا يرد السؤال لاعلى الطرد الكلى ولا على عكسه اه

قال فى النهر : لايخفى أن الصلاحية المطلقة هى الكاملة ، وكون مطلق المال المتقوم خالياً عن الكمية يصلح مهرا ممنوع فلذا منع المحققون انعكاسها كلية (قوله وشرطه كالطلاق) وهو أهلية الزوج وكون المرأة محلا للطلاق منجزا أو معلقا على الملك .

وأما ركنه فهو كما فى البدائع : إذا كان بعوض الإيجاب والقبول لأنه عقد على الطلاق بعوض ، فلا تقع الفرقة ، ولا يستحق العوض بدون القبول ، بخلاف ما إذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطلاق فإنه يقع

وصفته ماذكره بقوله (هو يمين فى جانبه) لأنه تعليق الطلاق بقبول المال (فلا يصح رجوعه) عنه (قبل قبولها، ولايصحشرط الخيار له ،ولا يقتصر على المجلس) أى مجلسه ، ويقتصر قبولها على مجلس علمها (وفى جانبها معاوضة بمال (فصح رجوعها) قبل قبوله (و) صح (شرط الخيار لها) ولو أكثر من ثلاثة أيام بحر

وإن لم تقبل ، لأنه طلاق بلا عوض فلا يفتقر إلى القبول اه ونحوه فى الشرنبلالية آخر الباب عن الخانية وظاهره أن خالعتك مثل خلعتك فى أنه بلا ذكر مال لايتوقف على القبول ، وهو خلاف ظاهر مامر، إلا أن يقال توقف لفظ المفاعلة على القبول شرط لكونه مسقطا للحقوق ، بخلاف خلعتك فإنه لايسقط ولو مع القبول تأمل .

وفى الخانية قال : خالعتك فقبلت يقع البائن ، وكذا إن لم تقبل لأن الطلاق يقع بقوله خالعتك . وفيها أيضاً قال : خالعتك على كذا وسمى مالا معلوما لايقع الطلاق مالم تقبل ، كما لو قال طلقتك على ألف اه أى لأنه معاق على القبول . وأما إذا لم يذكر المال فلا يكون معلقا على القبول معنى فيقع الطلاق وإن لم تقبل تأمل (قوله لأنه تعليق الطلاق بقبول المال) كذا صرح به فى البدائع ، ولذا قال فى الخانية : ولوقال خالعتك على كذا وسمى مالا معلوما لايقع الطلاق مالم تقبل ، كما لو قال طلقتك على ألف درهم لايقع مالم تقبل اه . ويتفرع على هذا ماسيأتى آخر الباب فى أول الفروع كما سنوضحه فافهم (قوله فلا يصح رجوعه الخ) أى لو ابتدأ الزوج الخلع ، فقال خالعتك على ألف درهم لايملك الرجوع عنه ، وكذا لايملك فسخه ، ولا نهى المرأة عن القبول ، وله أن يعلقه بشرط ويضيفه إلى وقت ، مثل : إذا قدم زيد فقد خالعتك على كذا أو خالعتك على كذا غداً أو رأس الشهر والقبول إليها بعد قدوم زيد ومجيء الوقت لأنه تطليق عند وجود الشرط والوقت فكان قبولها قبل ذلك لغوا بدائع (قوله ولا يقتصر على المجلس) فلا يبطل بقيامه عنه قبل قبولها بدائع (قوله ويقتصر قبولها الخ) فيه أن هذا من فروع كونه معاوضة من جانبها فكان الأولى تأخيره . وعبارة البدائع : ولا يشترط حضور المرأة بل يتوقف على ماوراء المجلس ، حتى لو كانت غائبة فبلغها فلها القبول لكن فى مجلسها لأنه فى جانبها معاوضة (قوله وفى جانبها معاوضة) عطف على قوله يمين فى جانبه : أى لأن المرأة لاتملك الطلاق بل هو ملكه وقد علقه بالشرط والطلاق يحتمله ولا يحتمل الرجوع ولا شرط الخيار بل يبطل الشرط دونه ولا يتقيد بالمجلس . وأما فى جانبها فإنه معاوضة المال لأنه تمليك المال بعوض فيراعى فيه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه كما فى البدائع (قوله فصح رجوعها) أى إذاكان الابتداء منها ، بأن قالت اختلعت نفسى منك بكذا فلها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه أيضاً ، ولا يتوقف على ماوراء المجلس بأن كان الزوج غائبا ، حتى لو بلغه وقبل لم يصح ولا يصح تعليقه ولا إضافته بدائع (قوله وصح شرط الخيار لها) بأن قال خالعتك على كذا على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت جاز الشرط عنده ، حتى لو اختارت فى المدة وقع الطلاق ووجب المال ، وإن ردت لايقع ولا يجب ، وعندهما شرط الخيار باطل والطلاق واقع والمال لازم بدائع . قال فى البحر : قيد بخيار الشرط لأن خيار الرؤية لايثبت فى الخلع ولافى كل عقد لايحتمل الفسخ كما فى الفصول . وأما خيار العيب فى بدل الخلع فثابت فى العيب الفاحش ، وهو مايخرجه من الجودة إلى الوساطة ومنها إلى الرداءة دون اليسير (قوله ولو أكثر من ثلاثة أيام) أى بخلاف البيع ، لأن اشتراطه فى البيع على خلاف القياس لأنه من التمليكات ، وتمامه فى البحر عن الكشف. وإذا أطلقا أى عن ذكر المدة ينبغى أن يكون لها الخيار فى مجلسها فقط استنباطا مما إذا أطلقا فى البيع بحر ، وفيه نظر لأنه إن أراد ذكر الخيار المطلق ففيه أن ثبوته فى البيع مقيد بما بعد العقد ، أما عند العقد فيفسد البيع كما فى النهر ، وحينئذ فإن ذكره بعد قبولها الخلع لايفيد لأنه لايحتمل الفسخ بعدتمامه بخلاف البيع وإن ذكره قبل القبول لم يصح قياسه على البيع لأنه لايثبت فيه ، اللهم إلا أن يقال لايثبت فيه لأنه يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف الخلع

(ويقتصر على المجلس) كالبيع :

[فائدة] يشترط فى قبولها علمها بمعناه لأنه معاوضة ، بخلاف طلاق وعتاق وتدبير لأنه إسقاط والإسقاط يصح مع الجهل (وطرف العبد فى العتاق) على مال (كطرفها فى الطلاق . و) الخلع (يكون بلفظ البيع والشراء والطلاق والمبارأة) كبعت نفسك أو طلاقك أو طلقتك على كذا أو بارأتك : أى فارقتك وقبلت المرأة .

لـكن لو ثبت فى البيع لثبت مقتصرا على المجلس ، كما لو ثبت فيه بعد العقد فكذلك فى الخلع لايتجاوز المجلس تأمل (قوله ويقتصر على المجلس) الضمير راجع للخلع فيبطل بقيامها عن المجلس وبقيامها أيضاً كما مر (قوله يشترط الخ) فلو لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهى لاتعلم معناه أو لقنها أبرأتك من نفقة العدة الأصح أنه لايصح لأن التفويض كالتوكيل لايتم إلا بعلم الوكيل ، والإبراء عن نفقة العدة والمهر وإن كان إسقاطا لـكنه إسقاط يحتمل الفسخ فصار فيه شبهة البيع ، والبيع وكل المعاوضات لابد فيها من العلم ، وهـذه الصورة كثيرا ماتقع فتح .

قلت : الظاهر أن المراد يصح الخلع ولا يلزم البدل ، لأن جهلها بمعناه عذر فى عدم سقوط حقها ،ولايلزم منه عدم طلاقها إذا قبل فتأمل. هذا ، وعامة نساء زماننا لايعرفون موجب الخلع أنه مسقط للحقوق ، فإذا طلبت منه أن يخلعها فقال خالعتك ورضيت فهل يسقط مهرها بمجرد ذلك أم لا ،لم أر من صرح به، ومقتضى ماذكروه فى سقوط خيار البلوغ أنها لاتعذر بالجهل ، وسيأتى فى الشركة أن المفاوضة لاتصح إلا بلفظ المفاوضة وإن لم يعرفا معناها فتأمل (قوله يصح مع الجهل) أى قضاء فقط كما قدمه فى باب الطلاق رحمتى (قوله وطرف العبد الخ) أى جانبه . قال فى النقاية وشرحها للقهستانى : والعبد والأمة فى العتق بمنزلتها : أى المرأة فى الخلع فالمولى بمنزلته حتى إنه إذا قال العبد للمولى اشتريت نفسى منك بكذا كان له الرجوع قبل دخول المولى له . وإذا قال المولى بعت نفسك منك بكذا ليس له الرجوع ، وقس عليه شرط الخيار والاقتصار على المجلس اهـ ط .

وحاصله أن العتق بمال معاوضة من جانب العبد كالخلع فى جانب المرأة فتعتبر من جانبه أحكام المعاوضات ، بخلاف جانب المولى فإنه بمنزلة الزوج فتنعكس فيه تلك الأحكام (قوله كطرفها فى الطلاق) أى فى الخلع لأن الـكلام فيه وأطلقه عليه لأنه طلاق بالـكناية تأمل .

مطلب ألفاظ الخلع خمسة

(قوله والخلع يكون الخ) فى الجوهرة : ألفاظ الخلع خمسة : خالعتك ، باينتك ، بارأتك ، فارقتك ، طلقى نفسك على ألف اهـ ويزاد عليه ماذكره المصنف من لفظ البيع والشراء (قوله كبعت نفسك) تقدم عن الصغرى تصحيح أنه مسقط للحقوق (قوله أو طلاقك) فى البحر : ولو قال بعت منك طلاقك بمهرك فقالت طلقت نفسى بانت منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت،وقيل يقع رجعيا ، والأول أصح . ولو قال بعت منك تطليقة فقالت اشتريت يقع رجعيا مجانا لأنه صريح اهـ وقيد الثانية فى الخانية بما إذا لم يذكر البدل ، ثم قال : ولو قال بعت نفسك منك فقالت اشتريت يقع طلاق بائن لأن بيع الطلاق تمليك الطلاق ، فإذا لم يذكر البدل يصير كأنه قال طلقتك فيكون رجعيا . أما بيع نفسها تمليك النفس من المرأة وملك النفس لايحصل إلا بالبائن فيكون بائنا اهـ فأفاد أن بعت منك تطليقة بكذا يقع به البائن أيضاً (قوله أو طلقتك على كذا) هذا مبنى على أن الطلاق على مال مسقط للمهر وهو خلاف المعتمد كما سيأتى ح أى لما مر أن المراد الخلع المسقط للحقوق والطلاق على مال ليس منه

(و) حكمه أن (الواقع به) ولو بلا مال (وبالطلاق) الصريح (على مال طلاق بائن) وثمرته فيما لو بطل البدل كما سيجىء (و) الخلع (هو من الكنايات فيعتبر فيه مايعتبر فيها) من قرائن الطلاق ، لكن لو قضى بكونه فسخا نفذ لأنه مجتهد فيه ، وقيل لا

(قوله أن الواقع به) أى بالخلع ولو بلفظ البيع والمبارأة بحر (قوله ولو بلا مال) هذا إذا كان بلفظ الخلع أو بلفظ بيع النفس ، بخلاف بيع الطلاق أو الطلقة بلا ذكر بدل فإنه يقع به الرجعى كما علمته آنفا (قوله ولو بالطلاق الخ) فى بعض النسخ وبالطلاق بإسقاط لو وهو الأولى ، لما علمت من أن الطلاق على مال خارج عن الخلع المسقط للحقوق ، لكن لما كان المراد بيان وقوع البائن به صح إطلاق الخلع عليه ، وإنما ذكر الصريح نصا على المتوهم إذ الكناية كذلك كما أفاده ط . وأراد بالمال مايشمل الإبراء منه حتى لو قالت أبرأتك عمالى عليك على طلاقى ففعل برئ وبانت ، بخلاف طلقنى على أن أؤخر مالى عليك فإن التأخير ليس بمال ، وصح التأخير لو له غاية معلومة وإلا فلا ، والطلاق رجعى مطلقا بحر عن البزازية .

مطلب أبرأته من حق يكون للنساء على الرجال

وفى الفتح آخر الباب قال : أبرئينى من كل حق يكون للنساء على الرجال ففعلت فقال فى فوره طلقتك وهى مدخول بها يقع بائنا لأنه بعوض . وإذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة مادامت فى العدة لأنها لم يكن لها حق حال الخلع ، فقد ظهر أن تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف إلى القائم لها إذ ذاك اهـ .

قلت : نعم لو قالت من كل حق للنساء على الرجال قبل الخلع وبعده فإن النفقة تسقط كما فى البزازية ، وسيأتى تمامه ، وسيأتى أيضا مالو خالعها على البراءة من نفقة الولد (قوله وثمرته) أى ثمرة تقييد الطلاق بكونه على مال دون الخلع تظهر فيما لو بطل البدل ، كما سيجىء أنه لو طلقها بخمر أو خنزير أو ميتة وقع بائن فى الخلع رجعى فى الطلاق مجانا فيهما لبطلان البدل ، وإذا بطل بقى الخلع والواقع به بائن ، ولفظ الطلاق والواقع به رجعى لأنه صريح ، فلو لم يكن ذكر المال شرطا فى وقوع البائن بالطلاق دون الخلع لم تظهر ثمرة للتقييد به ، لكن الاقتصار فى بيان الثمرة على بطلان البدل محل نظر ، فإن مثله مالو لم يذكر البدل أصلا تأمل . وأما كون الخلع يسقط الحقوق والطلاق على مال لايسقطها فليس ثمرة التقييد بالمال كما لايخفى فافهم (قوله والخلع من الكنايات) لأنه يحتمل الانخلاع عن اللباس أو الخيرات أو عن النكاح عناية . ومثله المبارأة (قوله فيعتبر فيه مايعتبر فيها) ويقع به تطليقة بائنة إلا إن نوى ثلاثا فتكون ثلاثا ، وإن نوى ثنتين كانت واحدة بائنة كما فى الحاكم (قوله من قرائن الطلاق) كمذاكرة الطلاق وسؤالها له . وفى الدر المنتقى : وتسمية المال وإن لم يكن متقوما من القرائن اهـ ط (قوله لو قضى بكونه فسخا) أى كما هو قول الحنابلة إنه لايقع به طلاق بل هو فسخ لاينقص العدد بشرط عدم نية الطلاق بحر .

مطلب معنى المجتهد فيه

(قوله نفذ لأنه مجتهد فيه) أى موضع اجتهاد صحيح ، بمعنى أنه يسوغ فيه الاجتهاد لأنه لم يخالف كتابا ولا سنة مشهورة ولا إجماعا ، إذ لو خالف شيئا من ذلك فى رأى المجتهد لم يكن مجتهدا فيه ، حتى لو حكم به حاكم يراه لاينفذ كما قرر فى محله ، ويأتى فى أول الباب الآتى عن الفتح مايوضحه . ولا يخفى أن المراد بقوله نفذ هو مالو حكم به حنبلى فى مسألتنا بخلاف الحنفى فإنه وإن صح حكمه بغير مذهبه على أحد القولين ، لكنه فى زماننا لايصح اتفاقا

(خلعها ثم قال لم أنو به الطلاق ، فإن ذكر بدلا لم يصدق) قضاء فى الصور الأربع (وإلا صدق في) ما إذا وقع بلفظ (الخلع والمبارأة) لأنهما كنايتان ولا قرينة ، بخلاف لفظ بيع وطلاق لأنه خلاف الظاهر . وفيه إشارة إلى اشتراط النية وهو ظاهر الرواية إلا أن المشايخ قالوا لاتشترط النية ههنا لأنه بحكم غلبة الاستعمال صار كالصريح كما فى القهستانى عن متفرقات طلاق المحيط .

(وكره) تحريما (أخذ شيء) ويلحق به الإبراء عما لها عليه (إن نشز وإن نشزت لا) ولو منه نشوز أيضاً ولو بأكثر مما أعطاها على الأوجه فتح ، وصحح الشمنى كراهة الزيادة ، وتعبير الملتقى لابأس به يفيد أنها تنزيهية ، وبه يحصل التوفيق

لتقييد السلطان قضاءه بالحكم بالصحيح من مذهبنا فلا ينفذ حكمه بالضعيف فضلا عن مذهب الغير فافهم (قوله لم يصدق قضاء) أى بل ديانة لأن الله تعالى عالم بسره لكن لايسع المرأة أن تقيم معه لأنها كالقاضى لاتعرف منه إلا الظاهر بحر عن المبسوط (قوله فى الصور الأربع) أى فيما لو كان بلفظ الخلع أو البيع والشراء أو الطلاق أو المبارأة (قوله بخلاف لفظ بيع وطلاق) لأنهما صريحان تاترخانية ، لكن صراحة البيع مثل بعت نفسك أو طلاقك بمعنى أن دلالته عليه قطعية لاتتخلف عنه ، لأن البيع فيه زوال ملك اليمين فيلزم منه قطعا زوال ملك المتعة كما أفاده المصنف فى المنح تأمل . وأما صراحة الطلاق فظاهرة وإن كان لايكون حكمه حكم الخلع إلا عند ذكر المال ، لأن الكلام فى أنه يقع به الطلاق : أى الرجعى إذا لم يكن بمال ولا يصدق فى أنه لم يرد به الطلاق لكونه صريحا فافهم (قوله وفيه إشارة إلى اشتراط النية) أى اشتراطها للوقوع بها ديانة ، وكذا قضاء إذا لم تكن قرينة من ذكر مال ونحوه كما هو الحكم فى سائر الكنايات (قوله ههنا) أى فى لفظ الخلع .

وفى البحر عن البزازية : فلو كانت المبارأة أيضا كذلك : أى غلب استعمالها فى الطلاق لم تحتج إلى النية وإن كانت من الكنايات وإلا تبقى النية مشروطة فيها وفى سائر الكنايات على الأصل اهـ وفيه إشارة إلى أن المبارأة لم يغلب استعمالها فى الطلاق عرفا ، بخلاف الخلع فإنه مشتهر بين الخاص والعام فافهم (قوله وكره تحريما أخذ شيء) أى قليلا كان أو كثيرا .

والحق أن الأخذ إذا كان النشوز منه حرام قطعا لقوله تعالى ـ فلا تأخذوا منه شيئا ـ إلا أنه إن أخذ ملكه بسبب خبيث ، وتمامه فى الفتح ، لكن نقل فى البحر عن الدر المنثور للسيوطى : أخرج ابن أبي جرير(١) عن ابن زيد فى الآية قال : ثم رخص بعد ، فقال ـ فإن خفتم أن لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ قال فنسخت هذه تلك اهـ وهو يقتضى حل الأخذ مطلقا إذا رضيت اهـ أى سواء كان النشوز منه أو منها أو منهما ، لكن فيه أنه ذكر فى البحر أولا عن الفتح أن الآية الأولى فيما إذا كان النشوز منه فقط ، والثانية فيما إذا لم يكن منه فلا تعارض بينهما ، وأنهما لو تعارضتا فحرمة الأخذ بلا حق ثابتة بالإجماع ، وبقوله تعالى ـ ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ـ وإمساكها لا لرغبة بل إضرارا لأخذ مالها فى مقابلة خلاصها منه مخالف للدليل القطعى فافهم (قوله ويلحق به) أى بالأخذ (قوله إن نشز) فى المصباح نشزت المرأة من زوجها نشوزا من باب قعد وضرب عصته . ونشز الرجل من امرأته نشوزا بالوجهين : تركها وجفاها : وأصله الارتفاع اهـ ملخصا (قوله ولو منه نشوز أيضا) لأن قوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ يدل على الإباحة إذا كان النشوز من الجانبين بعبارة النص ، وإذا كان من جانبها فقط بدلالته بالأولى (قوله وبه يحصل التوفيق) أى بين مارجحه فى الفتح من نفى كراهة أخذ الأكثر

---

(١) (قوله ابن أبي جرير) هكذا بالأصل المقابل على خطه ، ولعل الصواب إسقاط لفظ أبي كما هو مشهور اهـ مصححه .

(أكرهها) الزوج (عليه تطلق بلا مال) لأن الرضا شرط للزوم المال وسقوطه.

(ولو هلك بدله فى يدها) قبل الدفع (أو استحق فعليها قيمته لو) البدل (قيميا، ومثله لو مثليا) لأن الخلع لايقبل الفسخ.

(خلعها أو طلقها بخمر أو خنزير أو ميتة ونحوها) مما ليس بمال (وقع) طلاق (بائن فى الخلع رجعى فى غيره) وقوعا (مجانا) فيهما لبطلان البدل وهو الثمرة كما مر؛ ولو سمت حلالا كهذا الخل فإذا هو خمر رجع بالمهر إن لم يعلم وإلا لاشىء له (كخالعنى على مافى يدى) أى الحسية (ولا شىء فى يدها) لعدم التسمية وكذا عكسه، لكن لو كان فى يده جوهرة لها فقبلت فهى له علمت أولا لإضرارها نفسها بقولها (وإن زادت من مال أو دراهم

وهو رواية الجامع الصغير، وبين مارجحه الشمنى من إثباتها وهو رواية الأصل؛ فيحمل الأول على نفى التحريمية والثانى على إثبات التنزيهية، وهذا التوفيق مصرح به فى الفتح، فإنه ذكر أن المسألة مختلفة بين الصحابة وذكر النصوص من الجانبين ثم حقق ثم قال: وعلى هذا يظهر كون رواية الجامع أوجه. نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الأولى، والمنع محمول على الأولى اهـ. ومشى عليه فى البحر أيضا (قوله عليه) أى على الخلع منح: أى على أن تقول له خالعنى. وفى البحر على القبول: أى إذا كان هو المبتدئ بقوله خالعتك فافهم (قوله تطلق) أى بائنا إن كان بلفظ الخلع، ورجعيا إن كان بلفظ الطلاق على مال كما مر ويأتى (قوله شرط للزوم المال) أى عليها وهو البدل المذكور فى الخلع، وقوله وسقوطه أى عن الزوج وهو المهر الذى عليه (قوله أو استحق) أى ادعاه آخر وأثبت أنه له، ومثله مافى الفتح عن كافى الحاكم لو كان عبدا حلال الدم فقتل عنده رجع عليها بقيمته، وكذا لو وجب قطع يده فقطع عنده رده وأخذ قيمته اهـ (قوله مما ليس بمال) كالدم والحر (قوله وقع) أى إن قبلت بحر (قوله بائن فى الخلع) لأنه من الكنايات الدالة على قطع الوصلة فكان الواقع به بائنا بخلاف لفظ اعتدى وأخويه كما مر فى بابه؛ بخلاف الطلاق فإنه صريح لايقتضى البينونة أيضا (قوله مجانا فيهما) أى فى الصورتين والمجان كشداد: عطية الشىء بلا بدل. قال فى الفتح أى بلا شىء يجب للزوج؛ لأن ملك النكاح فى الخروج غير متقوم ولذا لايلزم شىء فى الطلاق اهـ وأوجب زفر عليها رد المهر كما فى المحيط بحر. وأما لو كان المهر فى ذمته فإنه يسقط لما مر من أن خالعتك مسقط للحقوق وإن لم يكن بعوض تأمل (قوله كما مر) أى فى قوله وثمرته فيما لو بطل البدل وقدمنا بيانه (قوله ولو سمت حلالا الخ) قال فى الفتح: وفى كتب المالكية: لو خلعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له إلا المال؛ قيل وهو قياس قول أصحابنا وهو صحيح اهـ (قوله رجع بالمهر) أى إن أخذته وإلا سقط عنه، وهذا عند الإمام. وعندهما يجب مثله من خل وسط لأنه صار مغرورا من جهتها بتسمية المال اهـ ح (قوله أى الحسية) قيد به لئلا يتكرر مع قوله الآتى والبيت والصندوق الخ مما هو فى يدها الحكمية فافهم (قوله ولا شىء فى يدها) أما لو كان فيها شىء ولو قليلا فهو له بحر (قوله لعدم التسمية) علة لما فهم من التشبيه، وهو وقوع البائن مجانا أى لعدم تسمية شىء تصير به غارّة له بحر، لأن مافى يدها قد يكون متقوما، وقد يكون غيره فكان راضيا بذلك فتح (قوله وكذا عكسه) بأن قال لها خالعتك على مافى يدى ولا شىء فيها بحر وهذا مفهوم بالأولى (قوله لكن الخ) لما كان عدم لزوم شىء فى المسألة الأولى لعدم التغرير منها صار مظنة أن يتوهم هنا أنه لايستحق الجوهرة لتغريره لها، فاستدرك على ذلك بأنها له لأن المرأة أضرت بنفسها حيث قبلت الخلع قبل أن تعلم مافى يده فهذا الاستدراك فى محله فافهم (قوله وإن زادت) أى على قولها خالعنى على مافى يدى

ردت) عليه فى الأولى (مهرها) إن قبضته وإلا لاشىء عليها جوهرة (أو ثلاثة دراهم) فى الثانية ولو فى يدها أقل كملتها، ولو سمت دراهم فبان دنانير لم أره.

(والبيت والصندوق وبطن الجارية) إذا لم تلد لأقل المدة (و) بطن (الغنم) وثمر الشجر (كاليد) فذكر

أى ولا شىء فى يدها (قوله ردت عليه فى الأولى مهرها) أى فى قولها من مال ؛ ومثله من متاع أو من مال المهر وقد أوفاه لها ، أو على مافى بطن جاريتى أو غنمى من حمل لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال إلا بالعوض ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى أو قيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع أعنى مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب ماقام عن الزوج من المسمى أو مهر المثل نهر (قوله وإلا) أى وإن لم تكن قبضته برىء منه ولا شىء عليها ، وكذا لاشىء عليها لو كانت قد أبرأته منه بحر (قوله أو ثلاثة دراهم فى الثانية) أى فى قولها من دراهم معرفا أو منكرا لأنها ذكرت الجمع ، وأقصاه لاغاية له، وأدناه ثلاثة فوجبت . ولو قالت : على مافى هذا المكان من الشياه والخيل والبغال والحمير أو الثياب لزمها ثلاثة أيضا كذا فى الدراية ، قال فى البحر : وفى الثياب نظر للجهالة . وأقول: ينبغى إيجاب الوسط فى الكل ؛ وبه يندفع ماقال نهر .

قلت : وفيه نظر لأن الثياب مجهول الجنس مثل الدابة والعبد ، بخلاف البغل والحمار ، ولذا لو تزوجها على ثوب أو عبد وجب مهر المثل ؛ ولو على فرس أو ثوب هروى وجب الوسط ، وعليه فينبغى فى الثياب المطلقة رد المهر كما فى الأولى . ثم رأيت فى كافى الحاكم الشهيد مانصه : وإن اختلعت منه على موصوف من المكيل والموزون والثياب فهو جائز ، وإن اختلعت منه بثوب غير منسوب إلى نوع أو على دار كذلك فله المهر الذى أعطاها وكذلك الدابة اهـ (قوله ولو فى يدها أقل الخ) ولو كان أكثر من ثلاثة فله ذلك درر عن النهاية (قوله لم أره) قال فى النهر ولو سمت دراهم فإذا فى يدها دنانير لايجب له غير الدراهم ولم أره اهـ ح. قلت : وينبغى فى عرفنا لزوم الدنانير ، لأن الدراهم تطلق عرفا على مايشملهما .

والحاصل أنها إذا اختلعت على شىء غير المهر فهو على أوجه :

الأول أن يكون ذلك المسمى غير متقوم كالخمر والميتة فيقع مجانا .

الثانى أن يحتمل كونه مالا أو غيره مثل مافى بيتها أو يدها من شىء ، فإن الشىء يشمل المال وغيره ، وكذا مافى بطن شاتها أو جاريتها ، فإن مافى البطن قد يكون ريحا ، فإن وجد المسمى فهو له وإلا وقع مجانا .

الثالث أن يكون مالا سيوجد مثل ماتثمر نخيلها أو تلد غنمها العام أو ماتكتسب العام ، فعليها رد ماقبضت من المهر سواء وجد ذلك أولا .

الرابع أن يكون مالا لكنه لايوقف على قدره مثل مافى بيتها أو يدها من المتاع أو مافى نخيلها من الثمار أو مافى بطون غنمها من الولد ، فإن وجد منه شىء فهو له وإلا ردت ماقبضت من المهر .

الخامس أن يكون مالا له مقدار معلوم مثل مافى يدها من دراهم ، فإن أقله ثلاث فكان مقداره ومعلوما فله الثلاثة أو الأكثر .

السادس إذا سمت مالا وأشارت إلى غير مال كهذا الخل فإذا هو خمر ، فإن علم بأنه خمر فلا شىء له وإلا رجع بالمهر ، هذا حاصل مافى الذخيرة (قوله إذا لم تلد لأقل المدة) أى مدة الحمل ، وهذا قيد لعدم وجوب شىء ، أما لو ولدت لأقلها فهو له لتحقق وجوده ، والأولى ذكر هذا بعد قوله وبطن الغنم ، لأن الظاهر اعتبار أقل مدته أيضا .

اليد مثال كما فى البحر . قال : وقيده فى الخلاصة وغيرها بعدم العلم فقال : لوعلم أنه لامتاع فى البيت أو أنه لامهر لها عليه فى خلعها بمهرها لايلزمها شىء لأنها لم تطمعه فلم يصر مغرورا ؛ ولو ظن أن عليه المهر ثم تذكر عدمه ردت المهر.

(خالعت على عبد آبق لها على براءتها من ضمانه لم تبرأ) وعليها تسليمه إن قدرت وإلا فقيمته لأنه لايبطل بالشرط الفاسد كالنكاح.

(قالت طلقنى ثلاثا بألف أو على ألف فطلقها واحدة وقع فى الأول بائنة بثلثه) أى بثلث الألف إن طلقها فى مجلسه وإلا فمجانا فتح . وفى الخانية : لو كان طلقها ثنتين فله كل الألف (وفى الثانية رجعية مجانا) لأن على للشرط ، قالا كالباء

[فائدة] فى إقرار الجوهرة : أقل مدة حمل الدواب سوى الشاة ستة أشهر ، وأقل مدة حمل الشاة أربعة أشهر (قوله وقيده فى الخلاصة وغيرها) كان المناسب ذكر هذا عقب قوله ردت مهرها أو ثلاثة دراهم كما فعل فى البحر ليعلم أن مرجع الضمير هو الرد المذكور .

وعبارة الخلاصة هكذا : وفى الفتاوى : رجل خلع امرأته بمالها عليه من المهر ظنا منه أن لها عليه بقية المهر ثم تذكر أنه لم يبق لها عليه شىء من المهر وقع الطلاق عليها بمهرها فيجب عليها أن ترد المهر إن قبضته ، أما إذا علم أن لامهر لها عليه بأن وهبت صح الخلع ولا ترد على الزوج شيئا ، كما إذا خالعها على مافى هذا البيت من المتاع وعلم أنه لامتاع في هذا البيت اه وكذا على مافى يدها من المال وعلم أنه ليس فى يدها شىء كما فى المجتبى (قوله على براءتها من ضمانه) معناه أنها إن وجدته سلمته وإلا فلا شىء عليها ، وأما لو شرطت البراءة من عيب فى البدل صح الشرط بحر (قوله لم تبرأ) لأنه عقد معاوضة فيقتضى سلامة العوض بحر (قوله لأنه) تعليل لما استفيد من المقام أن الخلع صحيح فيصح الخلع ويبطل الشرط الفاسد ، ومنه لو خالعها على أن يمسك الولد عنده أو على أن يكون صداقها لولدها أو لأجنبى ، بخلاف الشرط الملائم كما لو اختلعت بشرط الصك أو بشرط أن يرد إليها أقمشتها فقبل لاتحرم ، ويشترط كتب الصك ورد الأقمشة فى المجلس كما سيأتى فى الفروع ، وتمامه فى البحر (قوله طلقنى ثلاثا بألف) أما لو قالت واحدة بألف فطلقها ثلاثا ، فإن قال بألف وقبلت وقعن ، وإن لم تقبل لايقع شىء ، وإن لم يذكر المال طلقت عنده ثلاثا بلا شىء . وعندهما واحدة بألف وثنتان بلا شىء ، كما لو فرقها وقال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة عند الكل كما فى البحر عن الخانية (قوله فطلقها واحدة) مثلها ثنتان شلبى ولو طلقها ثلاثا كان له جميع الألف سواء كانت بلفظ واحد أو متفرقة فى مجلس واحد بحر ط (قوله بثلثه) لأن الباء تصحب الأعواض وهو ينقسم على المعوض بحر (قوله إن طلقها فى مجلسه) فلو قام فطلقها لم يجب شىء نهر. ووجهه أنه معاوضة من جانبها ، فيشترط فى قبوله المجلس كما فى قبول البيع رحمتى . ولو بدأ هو فقال خالعتك على ألف اعتبر مجلسها دونه ، فلو ذهب ثم قبلت فى مجلسها ذلك صح بحر عن الجوهرة (قوله لو كان طلقها ثنتين) أى قبل قولها له طلقنى الخ ثم طلقها واحدة بعد قولها ذلك فله كل الألف لحصول المقصود ولذا قال فى الخلاصة قالت طلقنى أربعا بألف فطلقها ثلاثا فهى بالألف ، ولو طلقها واحدة فبثلث الألف ، وتمامه فى البحر (قوله لأن على للشرط) والمشروط لايتوزع على أجزاء الشرط ، ولو طلقها ثلاثا متفرقة فى مجلس واحد لزمها الألف لأن الأولى والثانية تقع عنده رجعية فإيقاع الثالثة وهى منكوحة فله الألف ؛ وإن فى ثلاثة مجالس ، فعندهما له ثلث الألف ، وعنده لاشىء له بحر عن المحيط.

(قال لها طلقى نفسك ثلاثا بألف) أو على ألف (فطلقت نفسها واحدة لم يقع شىء) لأنه لم يرض بالبينونة إلا بكل الألف ، بخلاف ما مر لرضاها بها بألف فببعضها أولى (وقوله لها أنت طالق بألف أو على ألف وقبلت) فى مجلسها (لزم) إن لم تكن مكرهة كما مر ، ولا سفيهة ولا مريضة كما يجىء (الألف) لأنه تعويض أو تعليق . وفى البحر عن التاترخانية : قال لامرأتيه إحداكما طالق بألف درهم والأخرى بمائة دينار فقبلتا طلقتا بغير شىء (أنت طالق وعليك ألف أو أنت حر وعليك ألف طلقت وعتق مجانا) وإن لم يقبلا ، لأن قوله وعليك ألف

مطلب تستعمل على فى الاستعلاء واللزوم حقيقة

[تنبيه] قيل إن على حقيقة للاستعلاء مجاز للشرط. والحق أنها حقيقة للاستعلاء إن اتصلت بالأجسام المحسوسة كقمت على السطح وفى غيرها حقيقة فى معنى اللزوم الصادق على الشرط المحض نحو- يبايعنك على أن لا يشركن- وأنت طالق على أن تدخلى الدار ، وعلى المعاوضة الشرعية المحضة كبعنى هذا على ألف، والعرفية كافعل هذا على أن أشفع لك عند زيد ، وما نحن فيه مما يصح فيه كل من معنيى اللزوم ، لأن الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض ، وذكر المال لا يرجح الثانى ؛ فإن المال يصح جعله شرطا محضاً حتى لا تنقسم أجزاؤه على أجزاء مقابله كما يصح جعله عوضا منقسما فلا يجب المال بالشك وعلى هذا يكون لفظ على مشتركا بين الاستعلاء واللزوم لقيام دليل الحقيقة فيهما وهو التبادر بمجرد الإطلاق ، وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد ، وقول أهل العربية إنها للاستعلاء محمول على هذا ، فإن أهل الاجتهاد هم أهل العربية ، وتمام تحقيقه فى الفتح . وذكر فى البحر أنه ذكر فى التحرير ترجيح العوضية بذكر المال لأنها الأصل (قوله فببعضها أولى) فيه بحث لأنها قد يكون لها غرض فى الثلاث حسما لمادة الرجوع إليه لشدة بغضه فتخاف من أن يحملها أحد على المعاودة إليه فلا يتم إلا بالثلاث مقدسى :

وقد يقال : إن هذا لا ينظر إليه بعد حصول المقصود بملكها نفسها على أن إمكان المعاودة حاصل بالحل على التحليل فافهم (قوله وقبلت فى مجلسها) فلو بعده لم يلزمها المال لأنه مبادلة من جانبها كما مر وهذا إذا لم يكن معلقا ولا مضافا وإلا اعتبر القبول بعد وجود الشرط والوقت كما قدمناه عن البدائع ، ومثله فى البحر (قوله كما مر) أى فى قول المصنف أكرهها عليه تطلق بلا مال (قوله ولا سفيهة ولا مريضة) فلو سفيهة لم يلزم المال ولو مريضة اعتبر من الثلث كما يأتى بيانه (قوله لأنه تعويض) بالعين المهملة لا بالفاء كما يوجد فى بعض النسخ وهذا راجع لقوله بألف ، وقوله أو تعليق راجع لقوله على ألف . قال الزيلعى : ولا بد من قبولها لأنه عقد معاوضة أو تعليق بشرط ، فلا تنعقد المعاوضة بدون القبول ولا ينزل المعلق بدون الشرط إذ لا ولاية لأحدهما فى إلزام صاحبه بدون رضاه ، والطلاق بائن لأنها ما التزمت المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة اهـ (قوله طلقتا بغير شىء) لأنه عاق طلاقهما على قبولهما وقد وجد ولم يعلم ما يلزم كل واحدة منهما ، فإن لكل أن تقول لا يلزمنى إلا الدراهم وينبغى أن يلزم لو رضى منهما بالدراهم ، وإذا طلقتا بلا شىء كان رجعيا[1] لأنه بلفظ الصريح رحمتى ، وما قيل من أنه ينبغى أن يلزمهما رد مهرهما فهو مما لا ينبغى ، فإن الطلاق الصريح ولو على مال غير مسقط للمهر على المعتمد كما يأتى متناً فافهم (قوله وإن لم يقبلا) مبالغة على قوله طلقت ، وعتق لأنه عند القبول تطلق ، ويعتق بالأولى لأنه متفق عليه ، فالمبالغة إشارة إلى رد قولهما ، ولا يصح جعل المبالغة لقوله مجانا لأن المناسب له أن يقول وإن

---

(١) (قوله كان رجعيا الخ) قال شيخنا : فيه أن هذا طلاق بمال ، وإنما سقط المال للجهالة فيكون بائنا ؛ ألا ترى إلى قوله ينبغى أنه يلزم لو رضى منهما بالدراهم فإنه حينئذ يكون الواقع بائنا جزما اهـ .

جملة تامة . وقالا : إن قبلا صح ولزم المال عملا بأن الواو للحال ، وفى الحاوى وبقولهما يفتى .

(قال طلقتك أمس على ألف فلم تقبلى وقالت قبلت فالقول له بيمينه ، بخلاف قوله بعتك طلاقك أمس على ألف فلم تقبلى وقالت قبلت فالقول لها) وكذا لو قال لعبده كذلك (كقوله) لغيره (بعت منك هذا العبد بألف أمس فلم تقبل وقال المشترى قبلت) فإن القول للمشترى . والفرق أن الطلاق بمال يمين من جانبه وهى تدعى حنثه وهو ينكر ؛ أما البيع فإقراره به إقرار بالقبول فإنكاره رجوع فلا يسمع ولو برهنا أخذ ببينتها تتارخانية .

(ولو ادعى الخلع على مال وهى تنكر يقع الطلاق) بإقراره (والدعوى فى المال بحالها) فيكون القول لها لأنها تنكر (وعكسه لا) يقع كيفما كان بزازية .

[فروع] أنكر الخلع أو ادعى شرطا أو استثناء

قبلا كما لايخفى (قوله جملة تامة) أى فلا ترتبط بما قبلها لابدلالة الحال إذ الأصل فى الجملة الاستقلال ، ولادلالة هنا لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال ، بخلاف البيع والإجارة فإنهما لايوجدان بدونه درر .

[تنبيه] اتفقوا على أنها للحال فى أدّ إلىّ ألفا وأنت حر لتعذر عطف الخبر على الإنشاء ، وعلى أنها بمعنى باء المعاوضة فى احمل هذا ولك درهم ، لأن المعاوضة فى الإجارة أصلية ، وعلى تعين العطف فى قول المضارب خذ هذا المال واعمل به فى البز الإنشائية فلا تتقيد المضاربة به ، وعلى احتمال الأمرين فى أنت طالق وأنت مريضة أو مصلية إذ لامانع ولا معين فيتنجز الطلاق قضاء ، ويتعلق ديانة إن نواه وتمامه فى البحر (قوله عملا بأن الواو للحال) فكأنه قال أنت طالق فى حال وجوب الألف لى عليك ولا يتحقق ذلك إلا بالقبول وبه يلزم المال نهر (قوله وكذا لو قال لعبده كذلك) أى كذا الحكم لو قال لعبده أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل أو بعتك أمس نفسك منك بألف فلم تقبل بحر (قوله يمين من جانبه) فهو عقد تام فلا يكون الإقرار به إقرارا بقبول المرأة بخلاف البيع فإنه بلا قبول ليس ببيع بحر (قوله أخذ ببينتها) على أنها قبلت لأن الأصل أن من كان القول له لايحتاج إلى بينة لأنها لإثبات خلاف الظاهر ، والظاهر لمن كان القول له وهو هنا الزوج المنكر وجود شرط الحنث ، وهو القبول ، وخلاف الظاهر قول المرأة فتقدم بينتها عند التعارض ، ولأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت الطلاق ، وأما ماقيل من أن بينتها قامت على الإثبات وبينته على النفى فلم تقبل ففيه أن البينة على النفى فى شرط الحنث مقبولة كما مر فى التعليق فافهم (قوله يقع الطلاق بإقراره) أى الطلاق البائن وإن لم يثبت المال لأنه يبقى لفظ الخلع المقر به وهو كناية فيقع به البائن كما مر (قوله بحالها) أى على حالها المعروف فى الدعاوى من أن القول للمنكر والبينة للمدعى (قوله وعكسه) أى لو ادعت الخلع لايقع بدعواها شىء لأنها لاتملك الإيقاع رحمتى (قوله كيفما كان) أى سواء ادعته بمال أو بدونه ، ولا يلزمها المال لأنها إنما أقرت به فى مقابلة الخلع ، فحيث لم يثبت الخلع لم يثبت المال ولأن الزوج بإنكاره قد رد إقرارها به رحمتى .

[فرع] اختلفا فى كمية الخلع فقال مرتان وقالت ثلاث ، قيل القول له ، وقيل لو اختلفا بعد التزوج فقالت لم يجز التزوج لأنه وقع بعد الخلع الثالث وأنكره فالقول له ، ولو اختلفا فى العدة أو بعد مضيها فقال هى عدة الخلع الثانى وقالت عدة الخلع الثالث فالقول لها فلا يحل النكاح جامع الفصولين (قوله أنكر الخلع) مكرر مع قول المصنف وعكسه لا اهـ ط (قوله أو ادعى شرطا أو استثناء) بأن قال أنت طالق بألف فقبلت ثم ادعى أنه قال إن دخلت الدار أو إن شاء الله .

قال فى جامع الفصولين : طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء صدق لو لم يذكر البدل فى الخلع ، لا لو ذكره بأن قال خلعتك بكذا . ولو ادعى الاستثناء وقال ماقبضته منك فهو حق كان عليك وقالت إنى دفعته لبدل الخلع فالقول

أو أن ماقبضه من دينه أو اختلفا فى الطوع والكره فالقول له . ولو قالت كان بغير بدل فالقول لها :
ادعت المهر ونفقة العدة وأنه طلقها وادعى الخلع ولا بينة فالقول لها فى المهر وله فى النفقة .
خلع امرأتيه على عبد قسمت قيمته على مسميهما .
خلعتاك على عبدى وقف على قبولها ولم يجب شىء بحر ،

له لأنه لما أنكر صحة الخلع فقد أنكر وجوب البدل عليها وأقر أن له عليها مالا واحدا لامالين والمرأة مقرة أن له عليها مالا آخرفصدق الزوج ، بخلاف مالو لم يدّع الاستثناء لأنه أقر أن عليها بدل الخلع والمملك هو المرأة فقبل قولها وفيه نظر اه .

وحاصله أن دعواه الاستثناء مقبولة إلا إذاكان فى الخلع ببدل فإن البدل قرينة على قصد الخلع فلا تقبل دعوى إبطاله بالاستثناء إلا إذا ادعى أن ماقبضه ليس بدل الخلع بل عن حق آخر فإن القول له لإنكاره صحة الخلع ووجوب البدل بدعوى الاستثناء .

قلت : لكن فيه أن المانع من صحة دعوى الاستثناء ذكر البدل فى عقد الخلع لاقبضه بعده ، فحيث ذكر البدل لم تقبل دعواه الاستثناء فلم يقبل إنكاره صحة الخلع ووجوب البدل ، بل بقى الخلع ببدل وادعى بعد ذلك أن ماقبضه هو حق آخر وهى تقول بل بدل الخلع ، فيكون القول قولها لأنها المملكة بالدفع والقول قول المملك فلم يبق فرق بين مإاذا ادعى الاستثناء أو لم يدعه ، ولعل هذا وجه النظر ، والله تعالى أعلم .

هذا ، وقد مر فى باب التعليق أن الفتوى على عدم قبول قوله فى دعوى الاستثناء والشرط لفساد الزمان ، وتقدم الكلام فيه هناك (قوله أو أن ماقبضه من دينه) فى البزازية : دفعت بدل الخلع وزعم الزوج أنه قبضه بجهة أخرى أفتى الإمام ظهير الدين أن القول له وقيل لها لأنها المملكة اه .

قلت : الظاهر الثانى ولذا جزم به فى جامع الفصولين كما علمت ، وهذه مسألة مستقلة مبناها على ماإذا اتفقا على الخلع ببدل واختلفا فى جهة القبض ولذا عطفها بأو ويصح عطفها بالواو فتكون من تتمة ماقبلها ، لكن يرد ماعلمته من النظر فافهم (قوله واختلفا فى الطوع والكره) أى فى القبول ، وأما إيقاع الخلع بإكراه فصحيح كما يأتى ط (قوله فالقول لها) لأن صحة الخلع لا تستدعى البدل فتكون منكرة ويكون القول قولها بحر (قوله وادعى الخلع) ينبغى حمله على ما إذا كان مدعيا أن نفقة العدة من جملة بدل الخلع بحر (قوله فالقول لها فى المهر وله فى النفقة) لأن المهر كان ثابتا عليه قبله فدعوى سقوطه غير مقبولة ، وأما نفقة العدة فليست واجبة قبله وهى تدعى استحقاقها بالطلاق وهو ينكر فكان القول له ، وهو مشكل فإنهما اتفقا على سبب استحقاقها لأن الخلع والطلاق يوجبان نفقة العدة فكيف تسقط بحر . قلت : وأصل الاستشكال لصاحب جامع الفصولين واعترضه فى نور العين على أنه ساقط بلامين(١) (قوله قسمت قيمته على مسميهما) فإذا كانت قيمته ثلاثين ومهر إحداهما مائتان ومهر الأخرى مائة لزم الأولى عشرون والأخرى عشرة ولايقسم بينهما مناصفة ، ومحله إذا كان العبد لأجنبى أو لها والمهران متفاوتان ، أما لو كان بينهما مناصفة والمهران متساويان يكون العبد بدل الخلع ط وفرض المسألة فى كافى الحاكم بما إذا خلع امرأتيه على ألف (قوله وقف على قبولها) قال فى المجتبى : الظاهر أنه عنى به وقوع الطلاق ومعرفة هذه المسألة من أهم المهمات فى هذا الزمان ، لأن الناس يعتادون إضافة الخلع إلى مال الزوج

---

(١) (قوله ساقط بلامين) بيانه هو أن موضوع المسألة أن الزوج يدعى الخلع مع التنصيص على سقوط النفقة ، وبالتنصيص فى أصل الخلع على سقوط النفقة لا يكون هذا الخلع سببا لاستحقاق النفقة ، فاعترافه بهذا الخلع لا يكون اعترافا بالسبب لأن المدعى الخلع الخالى عن اشتراط سقوط النفقة ولم يوجد من الزوج اعتراف بذلك اه.

(ويسقط الخلع) فى نكاح صحيح ولو بلفظ بيع وشراء كما اعتمده العمادى وغيره .

(والمبارأة) أى الإبراء من الجانبين (كل حق)

بعد إبرائها إياه من المهر ، فبهذا علم أنها إذا قبلت وقع الطلاق ولم يجب على الزوج شىء . وفى منية الفقهاء : خلعتك بمالى عليك من الدين وقبلت ينبغى أن يقع الطلاق ولا يجب شىء ويبطل الدين اه مافى المجتبى ، وسيذكر الشارح آخر الباب صحة إيجاب بدل الخلع عليه، وسيأتى تمامه (قوله فى نكاح صحيح) ذكره لبيان الواقع وإلا فقد أخرج الفاسد أول الباب بقوله إزالة ملك النكاح أفاده ط ، وقدمنا قولين فى سقوط المهر بعد الدخول فى الفاسد وتقدم أيضا أنه لو أبانها ثم خالعها على مهرها لم يسقط المهر . قال فى الفصول : لأنه لم يسلم لها بعد الخلع شىء ، وكذا لو ارتدت فخالعها (قوله كما اعتمده العمادى وغيره) أى كصاحب الفتاوى الصغرى فإنه صحح أنه يسقط المهر كالخلع والمبارأة، وصحح فى الخانية أنه لايسقط المهر إلا بذكره، وصححه فى جامع الفصولين أيضا فقد اختلف التصحيح ، وقول الشارح أول الباب خلافا للخانية تبع فيه قول البحر وإن صرح قاضيخان بخلافه ، ولم يظهر لى وجه ترجيح التصحيح الأول على الثانى مع أنهم قالوا إن قاضيخان من أجل من يعتمد على تصحيحه (قوله والمبارأة) بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ ، وهى أن يقول الزوج برئت من نكاحك بكذا قاله صدر الشريعة . وفى الفتح : هو أن يقول بارأتك على ألف فتقبل نهر .

قلت : وما فى الفتح موافق لما فى كافى الحاكم ، ثم قال فى النهر : قيد المصنف بقوله بارأها ، لأنه لو قال لها برئت من نكاحك وقع الطلاق وينبغى أن لايسقط به شىء اه أى لأنه إذا لم يكن بلفظ المفاعلة ولم يذكر له بدلا لم يتوقف على قبولها فيقع به البائن ولا يكون مسقطا بمنزلة قوله خلعتك ، بخلاف ماإذا كان بلفظ المفاعلة أو ذكر له بدلا فإنه يتوقف على القبول حتى يكون مسقطا ، وبهذا ظهر أنه لامنافاة بين مانقله أولا عن صدر الشريعة المصرح فيه بذكر البدل وبين ماذكره آخرا فافهم .

[تنبيه] ذكر فى النهر أول الباب أخذا من عبارة الفتح أن المبارأة من ألفاظ الخلع .

قلت : وقدمنا عن الجوهرة التصريح به ، لكن تقدم عن البزازية أن لفظ الخلع من ألفاظ الكناية إلا أن المشايخ قالوا إنه لغلبة استعماله صار كالصريح ، فلا يفتقر إلى النية وأن المبارأة إذا غلب فيها الاستعمال فهى كذلك ، وتقدم أيضا أن الواقع بالخلع تطليقة بائنة سواء نوى الواحدة أو الثنتين ، وإن نوى الثلاث فثلاث ، وإن أخذ عليه جعلا لم يصدق أنه لم يرد به الطلاق . قال فى الكافى للحاكم : والمبارأة بمنزلة الخلع فى جميع ذلك (قوله أى الإبراء من الجانبين) أى بأن تقول له بارئنى فيقول لها بارأتك أو يقول لها ذلك وتقول هى قبلت كما فى شرح المنظومة ، فالمراد مايعم الإبراء من أحدهما والقبول من الآخر ط (قوله كل حق) شمل المهر والنفقة المفروضة والماضية والكسوة كذلك وكذا المتعة تسقط بلا ذكر ، ويستثنى ماإذا خالعها على مهرها أو بعضه وكان مقبوضا فإنها ترده ولا تبرأ ، ومقتضى إطلاقهم البراءة ٧ إلا أن يقال مرادهم ماعدا بدل الخلع والمهر بدله فلا تبرأ عنه ، كما لو كان مالا آخر بحر ، وهذا قول الإمام . وعند محمد لايسقط إلا ماسماه فيهما أى فى الخلع والمبارأة ، وأبو يوسف مع الإمام فى المبارأة ومع محمد فى الخلع ملتقى .

مطلب حاصل مسائل الخلع والمبارأة على أربعة وعشرين وجها

ثم اعلم أن حاصل وجوه المسألة أن البدل إما أن يكون مسكوتا عنه أو منفيا أو مثبتا على الزوج أو عليها بمهرها كله أو بعضه أومال آخر، وكل من الستة على وجهين : إما أن يكون المهر مقبوضا أو لا ، وكل من الاثنى عشر

ثابت وقتهما (لكل منهما على الآخر مما يتعلق بذلك النكاح) حتى لو أبانها ثم نـكحها ثانيا بمهر آخر فاختلعت منه على مهرها برىء عن الثانى لاالأول ، ومثله المتعة بزازية . وفيها : اختلعت على أن لادعوى لـكل على صاحبه ثم ادعى أن له كذا من القطن صح لاختصاص البراءة بحقوق النـكاح (إلا نفقة العدة) وسكناها فلا يسقطان (إلا إذا نص عليها) فتسقط النفقة لا السكنى

إما أن يكون قبل الدخول بها أو بعده ، فإن كان البدل مسكوتا عنه ففيه روايتان أصحهما براءة كل منهما عن المهر لاغير ، فلا ترد ماقبضت ولا يطالب هو بما بقى ، وسيأتى تمام الـكلام عليه عند قول المصنف وبرىء عن المؤجل لو عليه الخ وإن كان منفيا كقوله اخلعى نفسك منى بغير شىء ففعلت وقبل الزوج صح بغير شىء لأنه صريح فى عدم المال ووقوع البائن فلا يبرأ كل منهما عن حق صاحبه وإن كان معينا على الزوج ، فسيأتى آخر الباب ؛ وإن كان بكل المهر ، فإن كان مقبوضا رجع بجميعه وإلا سقط عنه كله مطلقا أى قبل الدخول أو بعده وإن خالعها على أن يجعله لولدها أو لأجنبى جاز الخلع والمهر للزوج ، وإن ببعضه كالعشر مثلا والمهر عشرون ، فإن قبضته رجع بدرهمين لو بعد الدخول وسلم لها الباق ، وبدرهم فقط إن كان قبله لأنه عشر النصف ، وإن لم يكن مقبوضا سقط الـكل مطلقا المسمى بحـكم الشرط والباقى بحـكم لفظ الخلع ، وإن بمال آخر غير المهر فله المسمى وبرىء كل منهما مطلقا فى الأحوال كلها اهـ ملخصا من البحر والنهر وغرر الأذكار ، لـكن المراد بالأخير ماإذا كان مالا معلوما موجودا فى الحال وإلا فهو على ستة أوجه قدمناها عن الذخيرة (قوله ثابت وقتهما) أى وقت الخلع والمبارأة احترز به عن حق يثبت بعدهما كنفقة العدة والسكنى كما يشير إليه الشارح (قوله مما يتعلق) أى من الحق الذى يتعلق بذلك النـكاح الذى وقع الخلع منه (قوله لاالأول) لأنه ليس من حق ذلك النـكاح بل هو حق النكاح الأول (قوله ومثله المتعة) الأولى ومنه : أى من الحق الذى يسقط . قال فى البحر : وأما المتعة فقال فى البزازية : خالعها قبل الدخول وكان لم يسم مهرا تسقط المتعة بلا ذكر اهـ ويحتمل أن مراده أن المتعة مثل المهر فتسقط إذا كانت متعة ذلك النـكاح لامتعة نـكاح قبله كما حمله ح (قوله صح الخ) قال فى البحر : ومقتضى الإبراء العام عدم الصحة وكأنه لما وقع فى ضمن الخلع تخصص بما هو من حقوق النـكاح (قوله إلا إذا نص عليها) أى على النفقة فى الخلع ، أما لو لم تسقطها حتى اختلعت ثم أسقطتها لاتسقط لإسقاطها حينئذ قصدا لما لم يجب فإنها إنما تجب شيئا فشيئا ، بخلاف ذلك الإسقاط الضمنى فإنه يسقط باعتبار ماتستحقه وقت الخلع والباقى سقط تبعا فى ضمن الخلع فتح .

وفى الذخيرة من النفقة : قالت لزوجها أنت برىء من نفقتى أبدا مادمت امرأتك لايصح ، لأن صحة الإبراء تعتمد الوجوب أو قيام سبب الوجوب ولم يوجدا هنا لأن سبب وجوبها فى المستقبل هو الاحتباس فى المستقبل وهو غير موجود فى الحال ثم قال وإذا أبرأته عن النفقة قبل أن تصير دينا فى ذمته لايصح بالاتفاق ، وإذا شرطت فى الخلع يصح لأنه إبراء بعوض فيـكون استيفاء لما وقعت البراءة عنه ، لأن العوض قام مقامه والاستيفاء قبل الوجوب يصح بالاتفاق اهـ .

وفى القنية : وإن لم تكن النفقة واجبة لـكن سببها قائم فصح الإبراء عنها اهـ أى فإن الخلع سبب لوجوب نفقة العدة وهذا معنى قوله فى البدائع فأما نفقة العدة فإنها تجب عند العدة فـكان الخلع على النفقة مانعا من وجوبها أى بخلاف إبرائها عن النفقة قبل الخلع أو بعده فإنه لايصح . وفى البزازية : وقيل يصح وهو الأشبه .

قلت : لـكن المذكور فى عامة الـكتب أنه لايصح ، ولذا جزم به فى الفتح وشرح الطحاوى والبدائع ، وكذا فى الخانية وغيرها بل علمت أنه بالاتفاق .

. . . .

وفى الولوالجية : اختلعت منه بكل حق هو لها عليه فلها النفقة مادامت فى العدة ، لأنها لم تكن حقا لها وقت الخلع . وفى البحر عن البزازية : اختلعت بتطليقة بائنة على كل حق يجب للنساء على الرجال قبل الخلع وبعده ولم تذكر الصداق ونفقة العدة تثبت البراءة عنهما لأن المهر ثابت قبل الخلع والنفقة بعده اه .

مطلب حادثة الفتوى أبرأته عن مهرها وعن أعيان معلومة

فقال إن كانت براءتك صادقة فأنت طالقة

[تنبيه] وقعت حادثة سئلت عنها فى امرأة طلبت من زوجها الطلاق على أن تبرئه من مهرها ومن أعيان معلومة فرضى وأبرأته من ذلك فقال إن كانت براءتك صادقة فأنت طالقة . فأجبت بأنها لا تطلق لقولهم إن البراءة عن الأعيان لا تصح ، ومراد الزوج التعليق على صحة البراءة عن الكل ليسلم له جميع العوض ، هكذا ظهر لى . ثم رأيت بعد جوابى هذا فى فتاوى الكازرونى نقلا عن فتاوى العلامة عبد الرحمن المرشدى أنه سأل عما يقع كثيرا من قول المرأة أبرأتك من المهر ونفقة العدة وقول الزوج طلاقك بصحة براءتك . فأجاب بعدم الوقوع قال : ووافقنى بعض حنفية العصر ، وتوقف بعضهم محتجا بأن شيخنا جار الله بن ظهيرة كان يفتى بالوقوع لقولهم إن نفقة العدة تسقط بالتسمية فقلت هذا بمعزل عما نحن فيه ، لأن النفقة تجب بالطلاق يوما فيوما ، والإبراء عن المعدوم باطل والمعلق به كذلك لانتفاء المعلق عليه بانتفاء جزئه . وأما المذكور فى باب الخلع فالمراد به المبارأة التى هى نوع من الخلع الموقوف على قبولها فى المجلس ، فإذا كان على المهر ونفقة العدة سقطت النفقة تبعا له ، أما هنا فهو تعليق محض فلا يقع ببطلان بعض المعلق عليه اه ملخصا . ثم رأيت البيرى فى شرح الأشباه صوّب ما أفتى به ابن ظهيرة وردّ على المرشدى مستندا لما مر من التصريح بسقوط النفقة بالشرط .

أقول : والصواب أنه إذا لم يكن الإبراء مبنيا على طلب الطلاق لم تسقط النفقة وإن طلقها عقبه لأنه فى حال قيام النكاح ، وإن كان مبنيا عليه سقطت وإن كان حال قيام النكاح لأنه حينئذ يصير مقابلا بعوض .

ففى الذخيرة والخانية وغيرهما : طلبت منه طلاقها فقال أبرئينى عن كل حق لك حتى أطلقك فقالت أبرأتك عن كل حق للنساء على الأزواج فقال الزوج فى فوره طلقتك واحدة وهى مدخول بها تقع بائنة لأنه طلاق بعوض وهو الإبراء دلالة اه . وأفاد فى الفتح أن النفقة لا تسقط بذلك لانصراف الحق إلى القائم لها إذ ذاك اه نعم قدمنا آنفا ، أنها لو أبرأته عن كل حق قبل الخلع وبعده تسقط ، فكذا إذا طلب إبراءها له عن المهر والنفقة صريحا ليطلقها فأبرأته وطلقها فورا يصح الإبراء لأنه إبراء بعوض وهو ملكها نفسها فكأنها استوفت النفقة باستيفاء بدلها والاستيفاء قبل الوجوب يصح ، كما لو دفع لها نفقة شهر يصح ، وعلى هذا يكون إبراء بشرط فإذا لم يطلقها لم يبرأ ؛ فقد صرح فى الخانية بأنها لو أبرأته عما لها عليه على أن يطلقها فإن طلقها جازت البراءة وإلا فلا ، بخلاف ما لو أبرأته على أن لا يتزوج عليها فتصح البراءة دون الشرط ، لأن الأول يصح فيه الجعل دون الثانى فيكون الشرط فيه باطلا . وفى الحاوى الزاهدى : ولو أبرأته ليطلقها فقام ثم طلقها يبرأ إن لم ينقطع حكم المجلس وإلا فلا اه .

إذا علمت ذلك فقد ظهر لك أن صحة هذه البراءة موقوفة على الطلاق فورا أى فى المجلس ، فإذا قال لها طلاقك بصحة براءتك يكون قد علق الطلاق على صحة البراءة فيقتضى تحقق صحتها قبله كما هو مقتضى الشرط ولا صحة لها إلا به فلم يوجد المعلق عليه فلا يقع الطلاق ، بخلاف ما لو نجز الطلاق فإنه يقع وتصح به البراءة ، فقد ظهر أن الحق

لأنها حق الشرع إلا إذا أبرأته عن مؤنة السكنى فيصح فتح ، وهو مستغنى عنه بما ذكرنا ، إذ النفقة والسكنى لم تجبا وقتهما بل بعدهما (وقيل الطلاق على مال) مسقط للمهر (كالخلع والمعتمد لا) ذكره البزازى ، ولا يبرأ بأبرأك الله ذكره البهنسى (شرط البراءة من نفقة الولد إن وقتا) كسنة (صح ولزم وإلا لا) بحر ، وفيه عن الملتقى وغيره : لو كان الولد رضيعا صح وإن لم يؤقتا وترضعه حولين بخلاف الفطيم ؛

ماقاله المرشدى ولاينافيه تصريحهم بسقوط النفقة بالشرط ، لما علمت من أن سقوطها موقوف على الطلاق أو الخلع فلا توجد البراءة قبله وإنما توجد بطلاق أو خلع منجز لا معلق على صحتها ، هذا ماظهر لى فى هذا المحل ، وهذه المسألة كثيرة الوقوع ، فاغتنم تحريرها والله سبحانه أعلم (قوله لأنها حق الشرع) لأن سكناها فى غير بيت الطلاق معصية بحر عن الفتح (قوله إلا إذا أبرأته عن مؤنة السكنى) بأن كانت ساكنة في بيت نفسها أو تعطى الأجرة من مالها فيصح التزامها ذلك فتح ، لكن مقتضى هذا أنه لابد من التصريح بمؤنة السكنى مع أنه ذكر فى الفتح وغيره فى فصل الإحداد : لو اختلعت على أن لاسكنى لها فإن مؤنة السكنى تسقط عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج ، ولا يحل لها أن تخرج منه اهـ تأمل (قوله وهو) أى قول المصنف إلا نفقة العدة الخ مستغنى عنه بما قدره الشارح من قوله ثابت وقتهما ، لأن قوله لكل منهما متعلق بذلك المحذوف على أنه صفة لحق فإذا كان تقدير كلامه ذلك استغنى به عن الاستثناء المذكور فكان الأولى تركه فافهم (قوله مسقط للمهر) قيد به لما فى البحر أنه صرح فى شرح الوقاية والخلاصة والبزازية والجوهرة بأن النفقة المقضى بها تسقط بطلاق ، وأطلقوه فشمل الطلاق بمال وغيره اهـ وفيه كلام سيأتى في النفقة (قوله ذكره البزازى) بلفظ وعليه الفتوى ، ومثله فى الفصول وغيرها . وفى البحر أنه ظاهر الرواية وصححه الشارحون وقاضيخان اهـ .

قلت : وحاصل عبارة قاضيخان أن الطلاق بمال حكمه حكم الخلع عندهما أى أنه غير مسقط للمهر ، وعنده فى رواية كقولهما ، وهو الصحيح ، وفى رواية كالخلع عنده أى فى أنه مسقط اهـ وقدمنا ذكر الخلاف فى الخلع عن الملتقى ، وبهذا تعلم مافى عبارة النهر من الإيهام الذى أوقع غيره فى الغلط فافهم .

مطلب فى البراءة بقولها أبرأك الله

(قوله ذكره البهنسى) وتبعه تلميذه الباقانى فى شرحه على الملتقى ، وأفتى به الخير الرملى ؛ لكن نقل ط عن العلامة المقدسى أنه أفتى بصحة البراءة به للتعارف .

قلت : وبه أفتى قارئ الهداية وابن الشلبى معللا بأن العرف على كونه إبراء قال : وكتب مثله الناصر اللقانى وشيخ الإسلام الحنبلى اهـ وكذا ذكره فى المنظومة المحبية ، وأفتى به فى الحامدية ، وأيده السائحانى بما فى البزازية . قال : طلقك الله أو لأمته أعتقك الله يقع الطلاق والعتاق زاد فى الجوهرة نوى أو لم ينو .

مطلب فى الخلع على نفقة الولد

(قوله من نفقة الولد) شمل الحمل بأن شرط براءته من نفقته إذا ولدته (قوله من نفقة الولد) وهى مؤنة الرضاع ، كذا فى البحر عن الفتح ، ومثله فى الكفاية والاختيار (قوله وفيه عن الملتقى الخ) ظاهره أن هذه رواية أخرى يؤيده مافى الخلاصة ، وإنما يصح على إمساك الولد إذا بين المدة ، وإن لم يبين لايصح سواء كان الولد رضيعا أو فطيما .

وفى الملتقى الخ قلت : ولعل وجه الرواية الأولى أن الخلع إذا وقع على نفقته أو إمساكه وهو رضيع يفضى إلى المنازعة ، لأن المرأة تقول أردت نفقته شهرا مثلا والزوج يقول أكثر ، ووجه الرواية الثانية أن كونه رضيعا قرينة على إرادة مدة الرضاع ، وقد جزم بهذه الرواية فى الخانية والبزازية (قوله بخلاف الفطيم) لأن مدة بقائه عندها استغناء الغلام وحيض الجارية وهى مجهولة اهـ ح .

ولو تزوجها أو هربت أو ماتت أو مات الولد رجع ببقية نفقة الولد والعدة إلا إذا شرطت براءتها ولها مطالبته بكسوة الصبي إلا إذا اختلعت عليها أيضاً ، ولو فطيما فيصح كالظئر .

(ولو خالعته على نفقة ولده شهرا) مثلا (وهي معسرة فطالبته بالنفقة يجبر عليها) وعليه الاعتماد فتح . وفيه لو اختلعت على أن تمسكه إلى البلوغ صح في الأنثى لا الغلام ؛ ولو تزوجت فللزوج أخذ الولد وإن اتفقا على

قلت : لم أر هذا التعليل لغيره ، وهو ظاهر إذا كان الخلع على إمساكه عندها مدة الحضانة على أنه لايظهر على القول المعتمد من تقدير مدة الحضانة بسبع للغلام وعشر للجارية ، بل الظاهر أن مراده أن الخلع إذا كان على نفقة الولد وهو رضيع يراد بها مؤنة الرضاع ، لأن نفقته هي إرضاعه وهو مؤقت شرعا فتنصرف إليه ، بخلاف ما إذا كان فطيما فلابد من التوقيت لأن نفقته طعامه وشرابه وذلك ليس له وقت مخصوص لأنه يأكل مدة عمره فلاتصح التسمية بدون توقيت للجهالة . وفي الذخيرة : روى أبوسليمان عن محمد عن أبي حنيفة في المرأة تختلع من زوجها بنفقة ولد له منها ماعاشوا فإن عليها أن تردّ المهر الذي أخذت منه اه أي فهو نظير ما إذا خالعها على ما في بيتها من المتاع ولم يوجد فيه شيء فافهم (قوله ولو تزوجها) أي وقد خالعها على نفقة العدة أو الولد نهر ط أي وكان التزوج قبل تمام المدة (قوله أو هربت) أي وتركت الولد على الزوج بحر ، وكذا لو خالعته على نفقة العدة ولم تسكن في منزل الطلاق حتى سقطت نفقتها يرجع عليها بالنفقة كما بحثه في البحر (قوله أو مات الولد) وكذا لو لم يكن في بطنها ولد فيما إذا خالعها على إرضاع حملها إذا ولدته إلى سنتين فترد ّ قيمة الرضاع ؛ ولو قالت عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ونفقته باقي السنين فتح (قوله رجع ببقية نفقة الولد) بأن مضت سنة من السنتين مثلا تردّ قيمة رضاع سنة كما في الفتح (قوله والعدة) أي وببقية نفقة العدة فيما لو خالعها عليها أيضا (قوله إلا إذا شرطت براءتها) أي وقت الخلع بموت الولد أو موتها كما في الفتح .

قال في البحر : والحيلة في براءتها أن يقول الزوج خالعتك على أني بريء من نفقة الولد إلى سنتين ، فإن مات الولد قبلها فلا رجوع لي عليك كذا في الخانية ، بخلاف ما لو استأجر الظئر للإرضاع سنة بكذا على أنه إن مات قبلها فالأجر لها فالإجارة فاسدة كذا في إجارات الخلاصة اه . قال في البزازية : إذ يجوز في الخلع ما لايجوز في غيره (قوله ولها مطالبته الخ) أي أن الكسوة لاتدخل إلا بالتنصيص عليها . قال في الفتح : ولها أن تطالبه بكسوة الصبي إلا إن اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها وإن كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا أو فطيما اه ومثله في الخلاصة ، وانظر ما فائدة التعميم (١) في الولد .

هذا ، وقد تعورف الآن خلع المرأة على كفالتها للولد بمعنى قيامها بمصالحه كلها وعدم مطالبة أبيه بشيء منها إلى تمام المدة . والظاهر أنه يكفي عن التنصيص على الكسوة لأن المعروف كالمشروط تأمل (قوله فيصح كالظئر) أي كما يصح في استئجار الظئر وهي المرضعة . قال في البزازية : وإن خالعها على إرضاع ولده سنة وعلى نفقة ولده بعد الفطام عشر سنين يصح والجهالة لا تمنع هنا ؛ كما لو استأجر ظئرا بطعامها وكسوتها يصح عند الإمام ، لأن العادة جرت بالتوسعة على الأظآر ، وهنا يصح عند الكل لأنه لا تجري المناقشة ولو من لئيم في نفقة ولده اه (قوله يجبر عليها) لأن بدل الخلع دين عليها فلا تسقط نفقة الولد بدين له عليها ، كما إذا كان له عليها دين آخر وهي لا تقدر على قضائه لاتسقط نفقة الولد عنه . قال : وعليه الاعتماد لا على ما أجاب به سائر المفتين أنه تسقط ، كذا في القنية والحاوي ، ونحوه في الفتح وغيره . وأفاد هذا أن الأب يرجع عليها بعد يسارها (قوله صح في الأنثى لا الغلام)

---

(١) (قوله وانظر ما فائدة التعميم الخ) لعل فائدته دفع توهم الفرق بينهما ، بأن نفقة الرضيع إنما هي إرضاعه فتصح المطالبة بكسوته ، بخلاف الفطيم فإن نفقته أكله وشربه وكسوته فاحتاج إلى دفع هذا الوهم بالتعميم اه .

تركه لأنه حق الولد ، وينظر إلى مثل إمساكه لتلك المدة فيرجع به عليها .

(خلع الأب صغيرته بمالها أو مهرها طلقت) فى الأصح ، كما لو قبلت هى وهى مميزة ولم يلزم المال لأنه تبرع وكذا الكبيرة إلا إذا قبلت فيلزمها المال ، ولا يصح من الأم مالم تلتزم البدل ولا على صغير أصلا (كما لو خالعت) المرأة (بذلك) أى بمالها أو بمهرها

لأنه يحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم ، فإذا طال مكثه مع الأم يتخلق بأخلاق النساء ، وفى ذلك من الفساد مالا يخفى ، كذا فى الفتاوى الهندية . قال المقدسى : وفى قوله صح فى الأنثى بحث لأن المفتى به الآن أن الأنثى لاتبقى عند الأم إلى البلوغ فتأمل اهـ .

قلت : العلة تضييع حق الولد ، ولا تضييع فى إبقاء الأنثى إلى البلوغ عند أمها ، نعم يرد أن يقال إن مدة البلوغ مجهولة ولعل الجهالة تغتفر ، لأن الغالب البلوغ فى خمسة عشر (قوله لأنه حق الولد) لأن إبقاءه عند زوجها الأجنبى مضر بالولد ، ولذا سقط حقها فى الحضانة . ومثله مافى الخانية : لو خالعها على أن يكون الولد عنده سنين معلومة صح الخلع وبطل الشرط ، لأن كون الولد الصغير عند الأم حق الولد فلا يبطل بابطالها (قوله وينظر إلى مثل إمساكه) أى أجر مثل إمساكه كما عبر فى الخلاصة .

مطلب فى خلع الصغيرة

(قوله طلقت) أى بائنا لو بلفظ الخلع كما يأتى ، ومر أيضا (قوله فى الأصح) وقيل لاتطلق لأنه معلق بلزوم المال وقد عدم . ووجه الأصح أنه معلق بقبول الأب وقد وجد بزازية (قوله كما لو قبلت هى) أشار بالكاف إلى أنها مسألة اتفاقية فافهم . قال فى الفتح : هذا أى ماذكر من الخلاف إذا قبل الأب ، فإن قبلت وهى عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال اهـ .

قلت : ويقع كثيرا أنه يطلقها بمقابلة إبرائها إياه من مهرها . والظاهر أنه يقع الرجعى لعدم سقوط المهر . ثم رأيت فى جامع الفصولين مانصه : واقعة . قال لامرأته الصبية أنت طالق بمهرك فقبلت ينبغى أن تطلق رجعيا ولا يسقط المهر اهـ ويأتى مايؤيده عن شرح الوهبانية (قوله ولم يلزم المال) أى لاعليها ولا على الأب على قول ابن سلمة وعنه : يلزمه وإن لم يضمن جامع الفصولين . أما إذا ضمنه فلا كلام فى لزومه عليه وهى مسألة المتن الآتية . قال فى البحر : ومذهب مالك أن الأب إذا علم أن الخلع خير لها بأن كان الزوج لايحسن عشرتها فالخلع على صداقها صحيح فإن قضى به قاض نفذ قضاؤه كذا فى البزازية ، والمراد بالقاضى المالكى (قوله وكذا الكبيرة الخ) أى إذا خلعها أبوها بلا إذنها فإنه لايلزمها المال بالأولى ، لأنه كالأجنبى فى حقها . وفى الفصولين : إذا ضمنه الأب أو الأجنبى وقع الخلع . ثم إن أجازت نفذ عليها وبرىء الزوج من المهر وإلا ترجع به على الزوج والزوج على المخالع ، وإن لم يضمن توقف الخلع على إجازتها ، فإن أجازت جاز وبرىء الزوج عن المهر وإلا لم يجز . قال فى الذخيرة : ولا تطلق ، وقال غيره : ينبغى أن تطلق لأنه معلق بالقبول وقد وجد اهـ أى بقبول المخالع . وفى البزازية : وإن لم يضمن توقف على قبولها فى حق المال . قال : وهذا دليل على أن الطلاق واقع ، وقيل لايقع إلا بإجازتها اهـ (قوله ولا يصح من الأم الخ) قال فى البحر : قيد بالأب ، لأنه لو جرى الخلع بين زوج الصغيرة وأمها ، فإن أضافت الأم البدل إلى مال نفسها أو ضمنت تم الخلع كالأجنبى وإلا فلا رواية فيه . والصحيح أنه لايقع الطلاق ، بخلاف الأب (قوله ولا على صغير أصلا) قال فى البحر : وقيد بالأنثى ، لأنه لو خلع ابنه الصغير لايصح ولا يتوقف خلع الصغير على إجازة الولى . وحاصله أنه فى الصغيرة لايلزم المال مع وقوع الطلاق ، وفى الصغير لاوقوع أصلا .

(وهي غير رشيدة) فإنها تطلق ولايلزم ، حتى لو كان بلفظ الطلاق يقع رجعيا فيهما شرح وهبانية (فإن خالعها) الأب على مال (ضامنا له) أي ملتزما لا كفيلا لعدم وجوب المال عليها (صح والمال عليه) كالخلع مع الأجنبي فالأب أولى (بلا سقوط مهر) لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب .

ومن حيل سقوطه أن يجعل

مطلب في خلع غير الرشيدة

(قوله وهي غير رشيدة)الرشد: كون الشخص مصلحا في ماله ولو فاسقا كما سيأتي في الحجر . وذكروا هناك أن الحجر بالسفه يفتقر عند أبي يوسف إلى القضاء كالحجر بالدين . وقال محمد : يثبت بمجرد السفه وهو تبذير المال وتسييبه على خلاف الشرع . وظاهر مافي شرح الوهبانية اعتماد الثاني ،فإنه قال عن المبسوط: وإذا بلغت المرأة مفسدة فاختلعت من زوجها بمال جاز الخلع لأن وقوع الطلاق في الخلع يعتمد القبول وقد تحقق منها ، ولم يلزمها المال لأنها التزمته لا لعوض هو مال ولا لمنفعة ظاهرة فتجعل كالصغيرة ، فإن كان طلقها تطليقة على ذلك المال يملك رجعتها، لأن وقوعه بالصريح لايوجب البينونة إلا بوجوب البدل ،بخلاف ماإذا كان بلفظ الخلع اهـ ملخصا (قوله فإنها تطلق الخ) تصريح بوجه المشابهة بين مسألتي الصغيرة وغير الرشيدة ،وقوله فيهما : أي في المسألتين (قوله فإن خالعها) أي الصغيرة (قوله على مال) شمل المهر (قوله لعدم وجوب المال عليها) فلم تتحقق الكفالة لأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة ، ولا مطالبة على الأصيل ط (قوله كالخلع من الأجنبي) أي الفضولي .

وحاصل الأمر فيه أنه إذا خاطب الزوج ، فإن أضاف البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه كاخلعها بألف عليّ أو على أني ضامن أو على ألفي هذه أو عبدي هذا ففعل صح والبدل عليه ، فإن استحق لزمه قيمته ولا يتوقف على قبول المرأة ،وإن أرسله بأن قال على ألف أو على هذا العبد، فإن قبلت لزمها تسليمه أوقيمته إن عجزت ، وإن أضافه إلى غيره كعبد فلان اعتبر قبول فلان ؛ولو خاطبها الزوج أو خاطبته بذلك اعتبر قبولها سواء كان البدل مرسلا أو مضافا إليها أو إلى الأجنبي ، ولا يطالب الوكيل بالخلع بالبدل إلا إذا ضمنه ويرجع به عليها ، وتمامه في البحر (قوله فالأب أولى) لأنه يملك التصرف في نفسها ومالها فتح (قوله بلا سقوط مهر) أي سواء كان الخلع على المهر أو على ألف مثلا ، لكن إذا كان على المهر فلها أن ترجع به على الزوج والزوج يرجع به على الأب لضمانه ، أما لو كان على ألف فإنها إذا رجعت بالمهر على الزوج لايرجع به على الأب لأنه لم يضمن له المهر بل ضمن له الألف وكلام الفتح محمول على هذا التفصيل كما في النهر وشرح المقدسي ،خلافا لما فهمه في البحر فحكم عليه بالخطإ ، وما ذكره الشارح في شرح الملتقى في حل هذا المحل فيه إيجاز مخل (قوله ومن حيل سقوطه) أي سقوط المهر عن الزوج، وأشار إلى أن له حيلا أخر: منها ماقدمناه من حكم مالكي بصحته . ومنها أن يقر الأب بقبض صداقها ونفقة عدتها لصحة إقرار الأب بقبضه بخلاف سائر الأولياء ثم يطلقها الزوج بائنا لكنه يبرأ في الظاهر أما عند الله تعالى فلا كما في البحر . واعترضهم في جامع الفصولين بأن فيه تعليم الكذب وشغل ذمة الزوج . وأجاب المقدسي بأنه عند إضرار الزوج بها وعدم إمكان الخلاص إلا بذلك لايضر .

مطلب في خلع الفضولي

(قوله أن يجعل) أي الزوج . وفي نسخة أن يجعلا أي هو والأب، وقوله ثم يحيل به : أي بالمهر والزوج فاعل يحيل ، وقوله عليه أي على الأجنبي وهي موجودة في بعض النسخ ، وقوله من له ولاية مفعول يحيل ، وقوله قبض ذلك منه : أي قبض المهر من الزوج ، والمراد بمن له ولاية قبض المهر منه هو الأب إن كان وإلا نصب

بدل الخلع على أجنبى بقدر المهر ثم يحيل به الزوج عليه من له ولاية قبض ذلك منه بزازية (وإن شرطه) أى الزوج الضمان (عليها) أى الصغيرة (فإن قبلت وهى من أهله) بأن تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب (طلقت بلاشىء) لعدم أهلية الغرامة، وإن لم تقبل أو لم تعقل لم تطلق، وإن قبل الأب فى الأصح زيلعى . ولو بلغت وأجازت جاز فتح

(قال) الزوج (خالعتك فقبلت) المرأة ولم يذكرا مالا (طلقت) لوجود الإيجاب والقبول (وبرئ عن) المهر (المؤجل لو) كان (عليه وإلا) يكن عليه من المؤجل شىء (ردت) عليه (ماساق إليها من المهر المعجل) لما مر أنه معاوضة فتعتبر بقدر الإمكان

القاضى وصيا . وصورتها أنه إذا كان المهر ألفا مثلا يخالع الزوج مع أجنبى على ألف من ماله ثم يحيل الزوج الأب أو الوصى بالمهر على الأجنبى بشرط القبول ، وأن يكون الأجنبى أملأ من الزوج ، فحينئذ يبرأ الزوج عن المهر ويصير فى ذمة ذلك الأجنبى ، لكن فى ذلك ضرر للأجنبى ، فلذا قيل ثم يبرئه الأب أو يقر بقبضه منه ، لكن يكفى فى الظاهر إقرار الأب ابتداء بدون هذا التكلف كما قدمناه آنفا . وفى بعض النسخ : ثم يحيل به الزوج على من له ولاية قبض ذلك منه ، وهذه حيلة أخرى ذكرها فى البحر عن البزازية ، وعليها ففاعل يحيل ضمير يعود على الأجنبى والزوج مفعوله ، والضمير فى به يعود على بدل الخلع أى يحيل الأجنبى الزوج بالألف بدل الخلع على من له ولاية القبض : أى على الأب أو الوصى فيبرأ الأجنبى من البدل ويصير فى ذمة الأب وقوله فى البزازية فيبرأ الزوج منه غير ظاهر تأمل ، لكن يغنى عن هذه الحيلة الثانية التزام الأب البدل ابتداء بدون هذا التكلف تأمل (قوله أى الزوج الضمان) تفسير للضمير المستتر والبارز ، والمراد بالضمان المضمون ليوافق قول الفتح : أى لو شرط الزوج الألف عليها توقف على قبولها الخ .

وفى البزازية : الخلع إذا جرى بين الزوج والمرأة فإليها القبول كان البدل مرسلا أو مطلقا أو مضافا إلى المرأة أو الأجنبى إضافة ملك أو ضمان اه . أمثلة ذلك : اخلعنى على هذا العبد أو على عبد أو على عبدى هذا ، أو على عبد فلان (قوله طلقت) لوجود الشرط وهو قبولها ، والبينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال كما إذا سمت خمرا ، ونحوه فتح (قوله وإن قبل الأب) لأن قبولها شرط وهو لا يحتمل النيابة فتح (قوله فى الأصح) وفى رواية يصح لأنه نفع محض إذ تتخلص من عهدته بلا مال فتح (قوله وأجازت) أى أجازت قبول الأب ح ومثله فى الدر المنتقى ، وهو المفهوم من الفتح فافهم (قوله قال الزوج خالعتك) قيد بصيغة المفاعلة لأنه لو قال خلعتك لا يتوقف على القبول ولا يبرأ كما فى البحر ، وتقدم أول الباب ، وهذه المسألة فى الزوجة البالغة (قوله وبرىء عن المهر المؤجل الخ) ذكر فى الخلاصة والبزازية أنه فى هذه الصورة يبرأ كل واحد منهما عن صاحبه فى إحدى الروايتين عن أبى حنيفة ، وهو الصحيح ، وإن لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ماساق إليها من المهر لأن المال مذكور عرفا بذكر الخلع اه وهكذا فى الفتح . قال فى البحر : وظاهر أول العبارة أن المهر إذا كان مقبوضا فلا رجوع له ، وصريح آخرها الرجوع ، وبه صرح فى الخانية ، فحينئذ لم يبرأ كل منهما عن صاحبه . قال : وقد ظهر لى أن محل البراءة ما إذا خالعها بعد دفع المعجل فإنها تبرأ عن المعجل ويبرأ هو عن المؤجل ، ولذا قال فى المحيط الصحيح أنه يسقط المهر ماقبضت المرأة فهو لها ، وما بقى فى ذمته يسقط اه .

قلت : ويؤيده أنه فى الخانية لم يقل يبرأ كل واحد منهما ؛ بل قال ويبرأ الزوج عن المهر الذى لها عليه ، فإن لم يكن لها عليه مهر لزمها رد ماساق إليها كذا ذكره الحاكم الشهيد وابن الفضل اه.

وحاصله أن الزوج يبرأ مما لها فى ذمته من المهر كلا أو بعضا ، وأما هى فلا تبرأ إلا من البعض ، ولو قبضت

(خلع المريضة يعتبر من الثلث) لأنه تبرع ، فله الأقل من إرثه وبدل الخلع إن خرج من الثلث وإلا فالأقل من إرثه ، والثلث إن ماتت فى العدة ولو بعدها أو قبل الدخول ، فله البدل إن خرج من الثلث ، وتمامه فى الفصولين (اختلعت المكاتبة لزمها المال بعد العتق ولو بإذن المولى) لحجرها عن التبرع

الكل لزمها رده ، وبهذا ظهر مافى قول المصنف وإلا ردت ماساق إليها من المعجل ، فإنه يوهم أنه لايلزمها رد المؤجل إذا قبضت كل المهر ، فكان حقه أن يقول وإلا ردت المهر ، إلا أن يجاب بأنها إذا قبضت الكل صار كله معجلا فتأمل .

ثم اعلم أن هذا كله مخالف لما فى الفتح عند قوله ويسقط الخلع والمبارأة كل حق الخ من أن البدل إن كان مسكوتا عنه ففيه ثلاث روايات أصحها براءة كل منهما عن المهر لاغير ، فلا يطالب به أحدهما الآخر قبل الدخول أو بعده مقبوضا أولا ؛ حتى لاترجع عليه بشىء إن لم يكن مقبوضا ، ولا يرجع الزوج عليها إن كان مقبوضا كله والخلع قبل الدخول لأن المال مذكور عرفا بالخلع الخ ومثله فى الزيلعى وشرح الوهبانية والمقدسى والشرنبلالية ، وقوله والخلع قبل الدخول أى ومثله لو بعده بالأولى لأنها إذا طلقت قبل الدخول لزمها رد نصف المهر ، فإذا لم يلزمها رد شىء منه هنا لم يلزمها بعد الدخول بالأولى .

وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان : خلعها ولم يذكر العوض عندهما لايبرأ أحدهما عن صاحبه عن المال الواجب بالنكاح . وعن أبى حنيفة روايتان ، والصحيح براءة كل منهما عن صاحبه اه . وفى متن المختار : والمبارأة كالخلع يسقطان كل حق لكل منهما على الآخر مما يتعلق بالنكاح ، حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لايرجع عليها بشىء ، ولو لم تقبض شيئا لاترجع عليه بشىء اه ومثله فى متن الملتقى . وفى شرح درر البحار وشرح المجمع إن لم يسميا شيئا برىء كل منهما من الآخر قبضت المهر أم لا دخل بها أم لا اه .

قلت : وبه علم أن مامر عن الفتاوى قول آخر غير المصحح فى الشروح والمتون ، وظهر بهذا خلل كلام المصنف من وجهين : أحدهما أنه مشى على خلاف الصحيح . والثانى أنه يوهم أنها تردّ المعجل فقط مع أنه لم يقل به أحد ، وإنما الخلاف فى رد جميع المهر إذا كانت قبضته .

مطلب فى خلع المريضة

(قوله خلع المريضة) أى مرض الموت ، إذ لو برئت منه كان للزوج كل البدل لتراضيهما ، كما لو وهبته شيئا ثم برئت من مرضها وإن ماتت فى العدة (قوله لأنه تبرع) لما تقرر أن البضع غير متقوم عند الخروج ، فما بذلته من بدل الخلع تبرع لايصح لوارث وينفذ للأجنبى من الثلث ، لكنه يعطى الأقل دفعا لتهمة المواضعة كما مر فى طلاقه لها فى مرضه (قوله فله الأقل الخ) بيانه لو كان إرثه منها خمسين وبدل الخلع ستين والثلث مائة فقد خرج الإرث والبدل من الثلث فلها الأقل وهو خمسون ، وإن كان الثلث أربعين فلها الأقل منه ومن الإرث وهو أربعون .

والحاصل أن له الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع ومن الثلث ، ولو عبر بذلك تبعا لجامع الفصولين لكان أخصر وأظهر (قوله فله البدل إن خرج من الثلث) أفاد أنه لاينظر إلى الإرث هنا لعدمه بموتها بعد العدة أو قبل الدخول لحصول البينونة ، فينظر إلى البدل والثلث فيعطى الأقل ، لكن أفاد فى التاترخانية أنه لو قبل الدخول والخلع على المهر يسقط نصفه بطلاقها والنصف الآخر وصية لغير الوارث ، فلو لم يكن لها مال غيره يسلم له ثلث ذلك النصف (قوله وتمامه فى الفصولين) أى فى أحكام المرضى أواخر الكتاب ، وذكر عبارته بتمامها فى البحر عند قول الكنز ولزمها المال (قوله لحجرها عن التبرع) أى ولو بالإذن كهبتها بحر ، وهذا علة لتأخره إلى مابعد العتق

(والأمة وأم الولد إن بإذن المولى لزمهما المال للحال) فتباع الأمة وتسعى أم الولد والمدبرة ولو بلا إذن فبعد العتق :

(خلع الأمة مولاها على رقبتها ، إن زوجها حرا صح الخلع مجانا ، وإن) زوجها (مكاتبا أو عبدا أو مدبرا صح وصارت أمة للسيد) فلا يبطل النكاح ؛ أما الحر فلو ملكها لبطل النكاح فبطل الخلع فكان فى تصحيحه إبطاله اختيار .

[فروع] قال خالعتك على ألف قاله ثلاثا فقبلت طلقت بثلاثة آلاف لتعليقه بقبولها

(قوله لزمهما المال للحال) لانفكاك الحجر بإذن المولى فظهر فى حقه كسائر الديون بحر (قوله فتباع الأمة) أى إلا أن يفديها المولى كسائر الديون جامع الفصولين .

[فرع] الأمة تفارق الحرة الصغيرة العاقلة إذا اختلعت من زوجها بأنها لاتؤاخذ ببدل الخلع بعد البلوغ كما لاتؤاخذ به فى الحال كما فى الذخيرة . وفى جامع الفصولين : ولو طلق الصبية بمال يصير رجعيا ، وفى الأمة يصير بائنا إذ الطلاق بمال يصح فى الأمة لكنه مؤجل ، وفى الصبية يقع بلا مال ولو عاقلة (قوله على رقبتها) أى جعل السيد للزوج رقبتها بدل الخلع ط (قوله صح الخلع مجانا) ظاهره أنه لايسقط المهر ، والظاهر سقوطه لبطلان التسمية فهو كتسمية الخمر والخنزير ط (قوله للسيد) أى سيد الزوج غير المكاتب (قوله فلا يبطل النكاح) لأنها لاتصير مملوكة للزوج بل لسيده ، وأما المكاتب فإنه يثبت له فيها حق الملك وحق الملك لايمنع بقاء النكاح فلا يفسد بحر عن الجامع . وما فى المنح من أن الملك يقع لسيد المكاتب وهو مقتضى إطلاق متنه يمكن تأويله بأن للسيد فيها حقا بحيث لو عجز المكاتب صارت لسيده أفاده الرحمتى (قوله فكان فى تصحيحه إبطاله) أى وما كان كذلك فهو باطل ؛ والمراد بطلان كونه معاوضة لامطلقا لما مر أول الباب أنه يمين فى جانب الزوج ومعاوضة فى جانبها ، فإذا بطلت جهة المعاوضة بقيت الجهة الأخرى وإلى هذا أشار فى الفتح بقوله لكنه يقع طلاق بائن لأنه بطل البدل ، وبقى لفظ الخلع وهو طلاق بائن اه (قوله طلقت بثلاثة آلاف) أى طلقت ثلاثا بثلاثة آلاف كما صرح به فى البحر عن المحيط عند قول الكنز ولزمها المال وقال لأنه لم يقع شىء إلا بقبولها لأن الطلاق يتعلق بقبولها فى الخلع فوقع الثلاث عند قبولها جملة بثلاثة آلاف اه .

قلت : وهذا إذا كان بمال وإلا لم يكن معاوضة فلا يتوقف على القبول فتقع الأولى ويلغو مابعدها ، لأن البائن لايلحق البائن ، ولذا قال فى جامع الفصولين : قال لها قد خلعتك وكرره ثلاثا وأراد به الطلاق فهى واحدة بائنة ، ولو قال قد خلعتك على مالك علىّ من المهر قاله ثلاثا فقبلت طلقت ثلاثا لأنه لم يقع إلا بقبولها ، وكذا لو قالت خلعت نفسى منك بألف قالته ثلاثا فقال رضيت أو أجزت كانت ثلاثا بثلاثة آلاف ، وهذا خلاف مافى فتاوى العدة ، ومافى العدة هو الصحيح اه .

قلت : ومافى العدة هو أنه يقع واحدة بالمسمى ويبطل الأول بالثانى والثانى بالثالث كما فى المعاوضات اه ولعل وجهه أنه لما كان يمينا من جانبه صار معلقا على قبولها إذا ابتدأ ، بخلاف ماإذا ابتدأت هى فإنه من جانبها معاوضة فلا يصير تعليقا على قبوله ، فإذا قبل يكون قبولا للعقد الثالث ويلغو الثانى به ، والأول بالثانى ، هذا ماظهر لى .

وفى جامع الفصولين أيضا قال : طلقتك على ألف طلقتك على ثلاثة آلاف فقبلت فهو على المالين جميعا ، ومثله العتق على مال ؛ بخلاف البيع فإنه يقع على آخر الأثمان ، إذ الرجوع فى البيع قبل قبوله يصح بخلاف عتق

فى المنتقى : أنت طالق أربعا بألف فقبلت طلقت ثلاثا ، وإن قبلت الثلاث لم تطلق لتعليقه بقبولها بإزاء الأربع .
أنت طالق على دخولك الدار توقف على القبول ، وعلى أن تدخلى الدار توقف على الدخول . قات : فيطلب الفرق ، فإن أن والفعل بمعنى المصدر فتدبر .
قال خالعتك واحدة بألف وقالت إنما سألتك الثلاث فلك ثلثها

وطلاق اه . والظاهر أنها لو ابتدأت هى بذلك فقبل تقع طلقة واحدة بالمال الأخير فقط لأنه يصح رجوعها لارجوعه كما مر أول الباب بناء على ماقلنا من أنه يمين من جانبه معاوضة من جانبها (قوله طلقت ثلاثا الخ) أى بألف فتح .

وفيه عن الخلاصة عن أبى يوسف : لو قالت طلقنى أربعا بألف فطلقها ثلاثا فهى بألف ، ولو طلقها واحدة فبثلث الألف اه أى لأنها إذا ابتدأت كان معاوضة لاتعليقا ، بخلاف ماإذا ابتدأ كما قلنا .

مطلب فى الفرق بين على أن تدخلى وعلى دخولك وعلى أن تعطينى

(قوله قات فيطلب الفرق الخ) وكذا يطاب الفرق بين على أن تدخلى الدار حيث توقف على الدخول وبين على أن يعطينى كذا حيث توقف على القبول مثل على دخولك الدار . وقد سئل عن هذه الفروع الثلاثة فى البحر فلم يبد فرقا ، ونقل كلامه فى النهر ، وسكت عليه .

مطلب فى الفرق بين المصدر الصريح والمؤول

ونقل فى الدر المنتقى عن شرح اللباب الفرق بين المصدر الصريح والمؤول صحة ، حمل الثانى على الجثة دون الأول أى فيصح زيد إما أن يقوم وإما أن يقعد ، بخلاف زيد إما قيام وإما قعود ، ولكن لم يظهر الفرق فيما نحن فيه كما قاله ح .

أقول : قد يظهر الفرق ولابد له من مقدمات : إحداها ماقاله السبكى فى التعليقات : الفرق بين المصدر الصريح والمؤول مع اشتراكهما فى الدلالة على الحدث أن موضوع الصريح الحدث فقط وهو أمر تصورى ، والمؤول يزيد عليه بالحصول إما ماضيا وإما حالا وإما مستقبلا إن كان إثباتا ، وبعدم الحصول فى ذلك إن كان منفيا وهو أمر تصديقى ، ولهذا يسد أن والفعل مسد المفعولين لما بينهما من النسبة اه . ونقله السيوطى فى الأشباه النحوية .
ونقل أيضا أن المصدر الصريح غير مؤقت بخلاف المؤول ، فالصريح دال على الأزمنة الثلاثة دلالة مبهمة فهو عام ، بخلاف المؤول . وأيضا المؤول اسم تقديرى غير ملفوظ به ، وإنما الملفوظ به حرف وفعل ، وله شبه بالمضمر ولذا لم يصح وصفه ، بخلاف الصريح فإنه يقال يعجبنى ضربك الشديد ، بخلاف أن تضرب الشديد .

ثانيها ماقدمناه عن المحقق ابن الهمام أن على تستعمل حقيقة للاستعلاء إن اتصلت بالأجسام ، وفى غيرها لمعنى اللزوم الصادق على الشرط المحض وعلى المعاوضة الشرعية أو العرفية ، وتترجح المعاوضة عند ذكر العوض لأنها الأصل كما فى التحرير .

ثالثها أن الطلاق يتعلق بالزمان دون المكان ونحوه .

إذا علمت ذلك فنقول : إذا قال لها على أن تعطينى كذا فهو تعليق على فعل مستقبل صالح للمعاوضة فيشترط قبولها ليلزمها المال ، فصار كأنه علقه على القبول إذ به يحصل غرضه من الطلاق بعوض فتطلق بالقبول وإن لم تعطه فى الحال ، بخلاف على أن تدخلى فإنه صالح للشرط المحض لعدم مايفيد المعاوضة فتعين تعلقه بالدخول بلاتوقف

فالقول لها :

خلعها على أن صداقها لولدها أو لأجنبي أو على أن يمسك الولد عنده صح الخلع وبطل الشرط .

قالت : اختلعت منك فقال لها طلقتك بانت وقيل رجعي :

ولا رواية لو قالت أبرأتك من المهر بشرط الطلاق الرجعي فطلقها رجعيا ،

على قبول إذ لاغرامة تلحقها ، وأما على دخولك الدار فليس فيه فعل يصلح جعله شرطا بل هو أمر تصورى لايصلح جعله شرطا إلا بذكر فعل معه يدل على الحصول فى أحد الأزمنة الثلاثة ليصير بمنزلة إن دخلت أو بتقدير الوقت كما فى أنت طالق فى دخولك الدار بقرينة فى الظرفية ، إذ الطلاق لايكون مظروفا فى الدخول بل فى زمانه ولا يحسن هنا تقدير الوقت لعدم مايقتضيه ،لأن جعل على للمعاوضة يغنى عنه بدون تكلف ،فإن العاقل قد يكون له غرض فى جعل الدخول مثلا عوضا عن الطلاق ، هذا غاية ماظهر من الفرق ، والله تعالى أعلم (قوله فالقول لها) لأنها تنكر الزيادة على ثلث الألف فتصدق . قال فى البحر مع يمينها ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج اه (قوله صح الخلع) لأنه لايفسد بالشرط الفاسد كما مر (قوله وبطل الشرط) أى فلا يكون المهر للولد ولا للأجنبي بل يكون للزوج كما فى البزازية وغيرها ، وليس له إمساك الولد عنده ، لأن إمساكه عند أمه حقه فلا يبطل بابطالهما كما قدمناه عن الخانية (قوله بانت الخ) قال فى الخانية : قالت له اخلعنى على ألف فقال أنت طالق ، قيل هو جواب ويتم الخلع ، وقيل لا بل طلاق . والمختار الأول لأنه جواب ظاهرا ، فإن قال لم أعن به الجواب صدّق ووقع الطلاق بلا شيء ، وكذا لو قالت المرأة اختلعت منك فقال طلقتك ، قيل هو جواب ويتم الخلع ، وقيل لابل رجعي ، وقيل يسأل الزوج عن النية : وفى المسألة الأولى ينبغى أن يسأل أيضا اه : وفى البزازية : والمختار أنه إذا أراد الجواب يكون جوابا ويجعل كأنه قال أنت طالق بالخلع لأنه خرج جوابا فيكون خلعا ويبرأ عن المهر (قوله ولا رواية الخ) ذكر ذلك فى آخر القنية فى باب المسائل التى لم يوجد فيها رواية ولا جواب شاف للمتأخرين ، وقال : فهل يقع بائنا للمقابلة بالمال كمسألة الزيادات أم رجعيا ؟ وهل يبرأ الزوج لوجود الشرط صورة أو لايبرأ اه . ونقل عبارته فى البحر قبيل قوله ولزمها المال ، وكتبت فيما علقته عليه أن صاحب القنية ذكر فى الحاوى عن الأسرار الجواب بأن الواقع رجعى ، ويبرأ الزوج لتراضيهما على وقوع الرجعى ، ومقابلته بالمال لاتغيره عن وصفه بالرجعى : وأما مسألة الزيادات فهى فيما إذا طلبت منه المرأة طلقتين بائنتين بألف ، فمقابلة المال تغير وصفه بالرجعى فيلغو لأنها لم ترض بلزوم الألف مع بقاء النكاح ولأن الباء تصحب الأعواض والعوض يستلزم المعوض وهو انصرام النكاح بينهما اه ملخصا .

قلت : هذا الجواب إنما يظهر إذا كان الواقع أنه قال ذلك بعد طلبها منه البائنتين ، أما لو ابتدأ الزوج بذلك وقالت قبلت يلزم أن يقع به الرجعى لوجود تراضيهما على ذلك مع أن المنقول يخالفه ه

ففى الذخيرة من الباب السادس فى الطلاق : أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بألف فقبلت وقع فى الحال واحدة بنصف الألف وغدا أخرى بلا شيء ، لأن شرط وجوب البدل بالطلاق زوال الملك به وقد زال الملك بالأولى ، لكن إن تزوجها قبل مجيء الغد تطلق أخرى غدا بنصف الألف لزوال الملك بها ، ولو قال للمدخولة أنت طالق الساعة واحدة رجعية وغدا أخرى بألف فقبلت وقعت فى الحال واحدة بلا شيء لوصفها بما ينافى البدل ، فإن الطلاق ببدل لايكون رجعيا وفى الغد تطلق أخرى بألف لزوال الملك بها ، لأن الأولى رجعية لاتزيله ؛ ولو قال أنت طالق اليوم بائنة وغدا أخرى بألف تقع فى الحال بائنة بلا شيء ، لأن البائن بصريح الإبانة لايقابله

لـكن فى الزيادات أنت طالق اليوم رجعياً وغدا أخرى رجعيا بألف فالبدل لهما وهما بائنتان ، لـكن يقع غدا بغير شيء إن لم يعد ملـكه .

وفى الظهيرية : قال لصغيرة إن غبت عنك أربعة أشهر فأمرك بيدك بعد أن تبرئيني من المهر فوجد الشرط فأبرأته وطلقت نفسها لايسقط المهر ويقع الرجعي .

وفى البزازية : اختلعت بمهرها على أن يعطيها عشرين درهما أو كذا منا من الأرز صح ولا يشترط بيان مكان الإيفاء لأن الخلع أوسع من البيع .

قلت : ومفاده صحة إيجاب بدل الخلع عليه فليحفظ .

شيء وغدا أى أخرى بلا شيء ، لأن الملك زال بالأولى لا بها إلا إذا تزوجها قبل مجيء الغد فتقع أخرى بألف لزوال الملك بها ؛ ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية وغدا أخرى رجعية بألف ينصرف البدل إليهما ، وكذا أنت طالق الساعة ثلاثا وغدا أخرى بائنة بألف ، أو الساعة واحدة بغير شيء وغدا أخرى بغير شيء بألف درهم ينصرف إليهما فتـكونان بائنتين لأنه لابد من إلغاء الوصف المنافى أو البدل ، وإلغاء الأول أولى لأن الآخر ناسخ له فتقع واحدة فى الحال بنصف الألف وغدا أخرى مجانا إلا إذا تزوجها قبل الغد فتقع الثانية بنصفه ؛ ولو قال أنت طالق اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بألف ينصرف البدل إليهما أيضا لأنه وصف الثانية بالمنافى فينصرف البدل إلى الطلقتين اه ملخصا . وقد ذكر فى الفتح لذلك أصلا ، وهو أنه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما إلا إذا وصف الأول بما ينافى وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثانى وأنه يشترط للزوم المال حصول البينونة به اه وقوله إلا إذا وصف الأول أى فقط ، فلو وصف بالمنافى كلا منهما أو الثانى فقط أو لم يصف شيئا منهما بما ينافى يكون المال مقابلا بهما ، ولايضر عدم وجوب شيء بالثانى لعارض بينونة سابقة عليه ، لأن ذلك العارض إذا زال كما إذا تزوجها قبل وقت الثانى يجب المال به أيضا ، وبهذا يسهل فهم هذه المسائل (قوله لـكن فى الزيادات الخ) ليس فى عبارة القنية والحاوى المنقولة عن الزيادات لفظ رجعيا فى الموضعين بل فى الأول فقط ، والمناسب مافعله الشارح من ذكره فى الموضعين ليوافق ماذكرناه آنفا ، إذ على مافى القنية لايكون البدل لهما بل للثانى فقط لزوال الملك به كما مر التصريح به فى عبارة الذخيرة وعبارة الفتح (قوله لـكن يقع الخ) هذا غير مذكور في عبارة الزيادات المنقولة فى القنية ولا يناسبها أيضا لما علمت نعم هو الصحيح على ما ذكرناه الشارح ومر التصريح به فى عبارة الذخيرة فى هذه المسألة فافهم . قال ح : يعنى أن فى اليوم الأول يقع طالقة بائنة بخمسمائة وفى غد تقع أخرى بخمسمائة إن عقد عليها قبل مجيء الغدو إلا وقعت أخرى بغير شيء اه (قوله وفى الظهيرية الخ) لم أجده فيها ، ونقله فى البحر عن الولوالجية بلفظ فأمرك بيدك فطلقى نفسك متى شئت ، ومثله فى جامع الفصولين بلفظ لتطلقى ، وقد أسقطه الشارح ولابد منه لقوله بعده ويقع الرجعى ، إذ لو لم يذكر الصريح تفسيرا لما قبله لـكان الواقع البائن ، لأن التفويض بالأمر باليد من الـكنايات ويقع به البائن وإن قالت طلقت نفسى لأن العبرة بتفويض الزوج لا لإيقاع المرأة كما مر فى محله ، فإذا أتى بعده بالصريح اعتبر كما هنا . فى الذخيرة : أمرك بيدك فى تطليقة فهى رجعية اه ولذا قال فى البحر لا يسقط المهر لعدم صحة إبراء الصغيرة ويقع الرجعى لأنه كالقائل لها عند وجود الشرط أنت طالق على كذا ، وحكمه ماذكرنا اه ومثله فى جامع الفصولين .

مطلب فى إيجاب بدل الخلع على الزوج

(قوله أو كذا منا) المن رطلان . والأرز بفتح الهمزة وتشديد الزاى معروف ط (قوله أوسع من البيع) أى من السلم ، لأنه هو الذى يشترط فيه ذلك ط (قوله قلت ومفاده الخ) مخالف لما قدمه قبيل قوله ويسقط الخلع

وفى القنية : اختلعت بشرط الصك أو بشرط أن يرد إليها أقمشتها فقبل لم تحرم ، ويشترط كتبه الصك ورد الأقمشة فى المجلس ، والله أعلم .

باب الظهار

هو لغة مصدر ظاهر من امرأته : إذا قال لها أنت علىّ كظهر أمى .

والمبارأة الخ من قوله خلعتك على عبدى وقف على قبولها ولم يجب شيء ، وقدمنا هناك عن المجتبى ما يؤيده ، لكن ذكر فى البحر هناك عن البزازية : اختلعت مع زوجها على مهرها ونفقة عدتها على أن الزوج يردّ عليها عشرين درهما صح ولزم الزوج عشرون ، دليله ماذكر فى الأصل : خالعت على دار على أن الزوج يردّ عليها ألفا لاشفعة فيه . وفيه دليل على أن إيجاب بدل الخلع عليه يصح .

وفى صلح القدورى : ادعت عليه نكاحا وصالحها على مال بدله لها لم يجز . وفى بعض النسخ جاز ، والرواية الأولى تخالف المتقدم ، والتوفيق أنها إذا خالعت على بدل يجوز إيجاب البدل على الزوج أيضا ويكون مقابلا ببدل الخلع ، وكذا إذا لم يذكر نفقة العدة فى الخلع يكون تقدير النفقة العدة ، أما إذا خالعت على نفقة العدة ولم تذكر عوضا آخر ينبغى أن لا يجب بدل الخلع على الزوج اهـ مافى البحر عن البزازية ، وهذا من الحسن بمكان نهر .

والحاصل أنه لاوجه لإيجاب البدل على الزوج لأن الخلع عقد معاوضة من جهتها فإنها تملك نفسها بما تدفعه له ، ولذا كان الطلاق على مال بائنا ، حتى لو أبانها قبله لم يجب المال لعدم مايقابله ، وحينئذ فإن خالعها على مال أو على مافى ذمته من المهر وشرط على نفسه لها مالا يجعل ذلك استثناء من بدل الخلع ، فإن زاد عليه أو لم يكن بدل أصلا يجعل تقديرا لنفقة العدة ، إلا إذا كانت النفقة مخالعا عليها أيضا فلا يجب الزائد ، والله سبحانه أعلم لكن ذكر فى البزازية فى موضع آخر وأقره عليه فى البحر أن المختار جواز البدل عليه ، وطريقه بالحمل على الاستثناء من المهر إن كان عليه مهر وإلا فهو استثناء من النفقة ، فإن زاد عليها يجعل كأنه زاد على مهرها ذلك القدر قبل الخلع ثم خالع تصحيحا للخلع بقدر الإمكان اهـ وقوله استثناء من النفقة أى إذا خالعها عليها وإلا فهو تقدير لها كما مر . وفى جامع الفصولين : لاحاجة إلى هذا التطويل وتلحق الزيادة بأصل العقد كما فى البيع (قوله اختلعت بشرط الصك) أى بشرط أن يكتب لها صكا فيه ذلك . والصك : الكتاب الذى يكتب فى المعاملات والأقارير جمعه صكوك كفلس وفلوس وصكاك كسهم وسهام مصباح (قوله لم تحرم) أى بمجرد قبوله بل لابد من كتابة الصك ورد الأقمشة ، ولابد أن يكون ذلك فى المجلس ح ، والله تعالى أعلم .

باب الظهار

مناسبته للخلع أن كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا ، أو قدم الخلع لأنه أكمل فى باب التحريم ، إذ هو تحريم يقطع النكاح وهذا مع بقائه فتح (قوله هو لغة الخ) هذا أحد معانيه فى اللغة لأن ظاهر مفاعلة من الظهر فيقال ظاهرته إذا قابلت ظهرك لظهره حقيقة وإذا غايظته لأن المغايظة تقتضى هذه المقابلة وإذا نصرته لأنه يقال قوى ظهره إذا نصره ، وتمامه فى الفتح . وفيه : وإنما عدى بمن مع أنه متعدّ بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لأنه كان طلاقا وهو مبعد اهـ .

وفى البحر عن المصباح : وإنما خص بذكر الظهر لأنه من الدابة موضع الركوب والمرأة مركوبة وقت الغشيان

وشرعا (تشبيه المسلم) فلا ظهار لذمى عندنا (زوجته) ولو كتابية أو صغيرة أو مجنونة (أو) تشبيه ما يعبر به عنها من أعضائها أو تشبيه (جزء شائع منها بمحرم عليه تأبيدا) بوصف لا يمكن زواله ،

فركوب الأم مستعار من ركوب الدابة ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم الممتنع ، وهو استعارة لطيفة فكأنه قال ركوبك للنكاح حرام علىّ (قوله وشرعا تشبيه المسلم الخ) شمل التشبيه الصريح والضمنى ، كما لو كانت امرأة رجل ظاهر منها زوجها فقال أنت علىّ مثل فلانة ينوى ذلك ، وكذا لو ظاهر من امرأته فقال للأخرى أشركتك فى ظهارها أو أنت علىّ مثل هذه ناويا فإنه يكون مظاهرا ولو بعد موتها وبعد التكفير لتضمنه أنت على كظهر أمى ، وشمل المعلق ولو بمشيئتها والمؤقت بيوم أو شهر مثلا كما سيأتى بحر ، واحترز به عن نحو أنت أمى بلا تشبيه فإنه باطل وإن نوى كما سيأتى ، والمراد بالمسلم العاقل ولو حكما البالغ ، فلا يصح ظهار المجنون والصبى والمعتوه والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه والنائم ، ويصح من السكران والمكره والمخطىء والأخرس بإشارته المفهمة ولو بكتابة الناطق المستبينة أو بشرط الخيار كما فى البدائع نهر ، ولو ظاهر ثم ارتد بقى ظهاره عنده لا عندهما بحر (قوله فلا ظهار لذمى) لأنه ليس من أهل الكفارة ويصح عند الشافعى ط (قوله زوجته) شمل الأمة ، وخرجت مملوكته والأجنبية إلا إذا أضافه إلى سبب الملك كما سيأتى والمبانة بواحدة أو ثلاث . قال فى البحر : حتى لو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط فى العدة لا يصير مظاهرا لأنه وقت وجود الشرط صادق فى التشبيه ، بخلاف الإبانة المعلقة لأن فائدتها تنقيص العدد (قوله ولو كتابية) الأولى ولو كافرة ليشمل المجوسية . ففى البحر عن المحيط : أسلم زوج المجوسية فظاهر منها قبل عرض الإسلام عليها صح لكونه من أهل الكفارة ، ودخل فيه الرتقاء والمدخولة وغيرها كما فى النهر (قوله من أعضائها) كالرأس والرقبة (قوله أو تشبيه جزء شائع) كنصفك ونحوه . والأصوب أن يقول أو تشبيهه جزءا شائعا بالإضافة إلى ضمير الفاعل ، ونصب جزءا شائعا لأنه فى كلام المصنف معطوف على زوجته المنصوب على المفعولية (قوله بمحرم عليه) أى بعضو يحرم النظر إليه من أعضاء محرمة عليه نسبا أو صهرية أو رضاعا كما فى البحر ، أو بجملتها كأنت علىّ كأمى فإنه تشبيه بالظهر وزيادة كما يأتى ، لكن هذا كناية لا بد له من النية كما سيأتى ، وعلم أنه لا بد فى المشبه به من كون الجزء يحرم النظر إليه ، وإلا فلا يصح وإن كان يعبر به عن الكل كرأس أمى أو وجهها ، بخلاف الزوجة المشبهة فإنه يكفى ذكر الجزء الذى يعبر به عن الكل منها وإن لم يحرم النظر إليه كرأسك فتنبه ، وخرج بالمحرمة عليه زوجته الأخرى وأمته . قال فى الفتح : ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر أو غيره مما لا يحل النظر إليه ، وإنما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لأنه كان الأصل فى استعمالهم ، وقيد فى النهاية التحريم بكونه متفقا عليه احترازا عن أم المزنى بها وبنتها ، فلو شبهها بهما لم يكن مظاهرا وعزاه إلى شرح الطحاوى ، لكن هذا قول محمد . وقال أبو يوسف : يكون مظاهرا قيل وهو قول الإمام . قال القاضى ظهير الدين : وهو الصحيح ، لكن رجح العمادى قول محمد نهر .

مطلب ما يسوغ فيه الاجتهاد

قال فى الفتح : والخلاف مبنى على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه لا على كون الحرمة مجمعا عليها أولا بل على كونها يسوغ فيها الاجتهاد أولا ، وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الإجماع أو النص الغير المحتمل للتأويل بلا معارضة نص آخر فى نظر المجتهد وإن كانت المعارضة ثابتة فى الواقع ؛ ولهذا يختلف فى كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفى نفاذ حكم الحاكم بخلافه اهـ (قوله بوصف) الباء لسببية التحريم أو التأبيد (قوله لا يمكن زواله)

فخرج تشبيهه بأخت امرأته أو بمطلقته ثلاثا وكذا بمجوسية لجواز إسلامها ، وقوله بمحرم صفة لشخص المتناول للذكر والأنثى ؛ فلو شبهها بفرج أبيه أو قريبه كان مظاهرا ، قاله المصنف تبعا للبحر. ورده فى النهر بما فى البدائع من شرائط الظهار ، كون المظاهر به من جنس النساء حتى لو شبهها بظهر أبيه أو ابنه لم يصح ، لأنه إنما عرف بالشرع والشرع ورد فى النساء ، نعم يرد ما فى الخانية : أنت على كالدم والخمر والخنزير والغيبة والنميمة والزنا والربا والرشوة وقتل المسلم إن نوى طلاقا أو ظهارا فكما نوى على الصحيح كأنت على كأمى فإن التشبيه بالأم تشبيه بظهرها وزيادة ، ذكره القهستانى معزيا للمحيط (وصح إضافته إلى ملك أو سببه) كإن نكحتك فكذا ، حتى لو قال إن تزوجتك فأنت على كظهر أمى مائة مرة فعليه لكل مرة كفارة تاترخانية (وظهارها منه لغو) فلا حرمة عليها ولا كفارة ، به يفتى جوهرة ، ورجح ابن الشحنة إيجاب كفارة يمين (وذا) أى الظهار

كالأمية والأختية ولو رضاعا والمصاهرة (قوله لجواز إسلامها) أى وصيرورتها كتابية كما فى البحر ، فحرمتها مؤبدة بالنظر إلى بقاء وصف المجوسية غير مؤبدة إذا انقطع ط (قوله ورده فى النهر بما فى البدائع الخ) أقول : ومثله مافى الخانية التشبيه بالرجل أى رجل كان لايكون ظهارا ، ونحوه فى التاترخانية عن التهذيب ، وكذا فى الظهيرية ثم رأيته أيضا صريحا فى كافى الحاكم ، وهذا يعارض مابحثه فى المحيط بلفظ وينبغى أن يكون مظاهرا . قال فى النهر : وبه اندفع مافى البحر حيث جزم بما فى المحيط ولم ينقله بحثا (قوله نعم يرد مافى الخانية الخ) كذا فى النهر ، وهو مردود ، فإن الذى فى الخانية خلاف هذا .

ونصه : ولو قال لامرأته أنت على كالميتة والدم ولحم الخنزير اختلفت الروايات فيه ، والصحيح أنه إن لم ينو شيئا لايكون إيلاء ، وإن نوى الطلاق يكون طلاقا ، وإن نوى الظهار لايكون ظهارا اه وكذا فى التاترخانية والشرنبلالية معزيا للخانية ، فعلم أن لفظة لا ساقطة من نسخة صاحب النهر ، وبه تأيد مافى البدائع وغيرها فافهم (قوله فإن التشبيه بالأم الخ) جواب عما قيل إنه ليس فيه تشبيه بعضو يحرم النظر إليه من محرمه (قوله معزيا للمحيط) الذى رأيته فى القهستانى عزوه للنظم بدون ذكر التصحيح ، وإنما هو مذكور فى الخانية ، ولكن لعكس ما قال كما علمت (قوله كإن نكحتك) أى تزوجتك ، وهذا مثال لسبب الملك ، ومثال الملك كإن صرت زوجة لى (قوله فكذا) أى فأنت على كظهر أمى ؛ ولو زاد وأنت طالق ثم تزوجها بعد ماوقع الطلاق المعلق بقى حكم الظهار إلا إذا قدم فقال فأنت طالق وأنت على كظهر أمى ، لأنها بانت بنزول الطلاق أو لا لكونه قبل الدخول بناء على الترتيب فى النزول عنده خلافا لهما كما فى الدر المنتقى آخر الباب ، وقدمناه فى التعليق وفى أول باب الإيلاء (قوله مائة مرة) يحتمل أن يكون حالا من مقول القول أى قال ذلك الكلام مكررا له مائة مرة ، والأقرب المتبادر أنه حال من جملة جواب الشرط ، فهو من تتمة مقول القول ، وتكرر الظهار والكفارة على الأول ظاهر ، وكذا على الثانى ؛ بمنزلة مالو قال أنت طالق مرارا أو ألوفا حيث تطلق ثلاثا كما مر قبيل باب طلاق غير المدخول بها ، بخلاف مالو قال أنت على حرام ألف مرة وهى مدخول بها حيث تقع واحدة فقط ، وقدمنا هناك وكذا فى آخر الإيلاء الفرق بينهما بأن هذا بمنزلة تكرار هذا الكلام بقدر العدد المذكور ، والحرام إذا كرر مرارا لايقع به إلا واحدة لأنه بائن ، بخلاف الطلاق لأنه صريح يلحق مثله ، والظهار يلحق الظهار أيضا كماسيأتى متنا فافهم (قوله وظهارها منه لغو) أى إذا قالت أنت على كظهر أمى أو أنا عليك كظهر أمك فهو لغو ، لأن التحريم ليس إليها ط (قوله فلا حرمة الخ) بيان لكونه لغوا أى فلا حرمة عليها إذا مكنته من نفسها ولا كفارة ظهار ولا يمين ط (قوله به يفتى) مقابله مافى شرح الوهبانية للشرنبلالى عن الحسن بن زياد من صحة ظهارها وعليها كفارة الظهار . وروى عن أبى يوسف اه ط (قوله إيجاب كفارة يمين) فتجب بالحنث ، وقيل كفارة ظهار ، فإن كان

(كأنت علىّ كظهر أمى) أو أمك وكذا لو حذف علىّ كما فى النهر (أو رأسك) كظهر أمى (ونحوه) كالرقبة مما يعبر به عن الكل (أو نصفك) ونحوه من الجزء الشائع (كظهر أمى أو كبطنها أو كفخذها أو كفرجها أو كظهر أختى أو عمتى أو فرج أمى أو فرج بنتى) كذا فى نسخ الشرح ، ولايخفى ما فيه من التكرار . والذى فى نسخ المتن أو فرج أبى بالباء أو قريبى ، وقد علمت رده (يصير به مظاهرا) بلا نية لأنه صريح (فيحرم وطؤها عليه ودواعيه) للمنع عن التماس الشامل للكل ، وكذا يحرم عليها تمكينه ولايحرم النظر . وعن محمد: لوقدم من سفر له تقبيلها للشفقة (حتى يكفر)

تعليقا تجب متى تزوجت به وإن كانت فى نكاحه تجب للحال مالم يطلقها لأنه لا يحل لها العزم على منعه من الجماع بحر عن ابن وهبان (قوله كأنت على) قال فى البحر ومنى وعندى ومعى كعلى (قوله على كما فى النهر) أى بحثا مخالفا لما بحثه فى البحر من أنه ينبغى أن لايكون مظاهرا . وقال الخير الرملى : لايكون ظهارا مالم ينو به الظهار ، لأن حذف الظرف عند العلم به جائز ، وإذا نواه صح تأمل اه وعليه فهو كناية ظهار تتوقف على النية لاحتمال كظهر أمى على غيرى (قوله ونحوه الخ) قال فى البحر : كل ماصح إضافة الطلاق إليه كان مظاهرا به ، فخرج اليد والرجل أى ونحوهما (قوله كظهر أمى الخ) أى من كل عضو لايحل النظر إليه من محرمة تأبيدا كما مر ، فخرج مايحل النظر إليه كاليد والرجل والجنب فلا يكون ظهارا . وفى الخانية : أنت علىّ كركبة أمى فى القياس يكون مظاهرا ، ولو قال : فخذك كفخذ أمى لايكون مظاهرا وكذا رأسك كرأس أمى اه أى لفقد الشرط فى الثانية من جهة المشبه ، وفى الثالثة من جهة المشبه به (قوله ولا يخفى مافيه من التكرار) وذلك فى فرج الأم فإنه ذكر مرتين . وأجاب ط بأن المراد بقوله أو فرج أمى أو فرج بنتى أنه ذكره مرددا بينهما (قوله والذى فى نسخ المتن) أى المجرد عن الشرح (قوله يصير به مظاهرا بلا نية) أى لايكون إلا ظهارا ، ولو نوى به الطلاق لا يصح لأنه منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به ، كذا فى الهداية ، وهو يقتضى أن الظهار كان طلاقا فى الإسلام حتى يوصف بالنسخ مع أنه قال أولا إنه كان طلاقا فى الجاهلية ، وهو يقتضى أن جعله ظهارا ليس ناسخا بحر . والجواب أنه كان طلاقا فيهما بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « ماأراك إلا قد حرمت عليه » فنزلت آية — قد سمع — (قوله لأنه صريح) ظاهر كلامهم أن الصريح ماكان فيه ذكر العضو در منتقى ، وسيذكر المصنف ألفاظ الكناية قال ط : فيصح ظهار الهازل ، ولا يوجب الظهار نقصان عدد الطلاق ولا بينونة وإن طالت المدة هندية (قوله ودواعيه) من القبلة والمس والنظر إلى فرجها بشهوة ، أما المس بغير شهوة فخارج بالإجماع نهر (قوله للمنع عن التماس الخ) أى فى قوله تعالى — من قبل أن يتماسا — فإنه شامل للوطء ودواعيه ، ولا موجب فيه للحمل على المجاز وهو الوطء لإمكان الحقيقة فيحرم الكل بالنص كما فى الفتح .

قلت : وخروج المس بغير شهوة بالإجماع غير موجب للحمل على المجاز ، خلافا لما فى البحر (قوله ولا يحرم النظر) أى إلى ظهرها وبطنها ولا إلى الشعر والصدر بحر أى ولو بشهوة ، بخلاف النظر إلى الفرج بشهوة كما مر (قوله للشفقة) أفاد أن التقبيل لايحرم إلا إذا كان عن شهوة ، وينبغى تقييده بأن لايكون على الفم ، لأنه على الفم يوجب حرمة المصاهرة مطلقا تأمل(١) (قوله حتى يكفر) غاية لقوله فيحرم ، وهذا إذا لم يكن مؤقتا فلو مؤقتا سقط بمضى

---

(١) (قوله لأنه على الفم يوجب حرمة المصاهرة مطلقا تأمل) فيه أن ثبوت حرمة المصاهرة بهذا التقبيل لا تقتضى حرمته على المظاهر بدون شهوة لما بينهما من الفرق ، فإن حرمة المصاهرة فيها شبه المعاملات من حيث أن القاضى التفريق بين المتعانقين على الفم إذا تزوجا بخلاف هذا فإنه أمر دينى محض لاتعلق للقاضى به فيكون الفم فى هذا الحكم كسائر الأعضاء متى علم الرجل من نفسه أنه يأمن من وجود الشهوة بهذا التقبيل يكون له ذلك ولا إثم بفعله اه .

وإن عادت إليه بملك يمين أو بعد زوج آخر لبقاء حكم الظهار ، وكذا اللعان (فإن وطئ قبله) تاب و (استغفر وكفر للظهار فقط) وقيل عليه أخرى للوطء (ولا يعود) لوطئها ثانيا (قبلها) قبل الكفارة (وعوده) المذكور فى الآية (عزمه) عزما مؤكدا ؛ فلو عزم ثم بدا له أن لا يطأها لا كفارة عليه (على) استباحة (وطئها) أى يرجعون عما قالوا فيريدون الوطء : قال الفراء : العود الرجوع ، واللام بمعنى عن :

(وللمرأة أن تطالبه بالوطء) لتعلق حقها به (وعليها أن تمنعه من الاستمتاع حتى يكفر وعلى القاضى إلزامه به) بالتكفير دفعا للضرر عنها بحبس أو ضرب إلى أن يكفر أو يطلق ، فإن قال كفرت صدق مالم يعرف بالكذب ؛

الوقت كما يأتى (قوله وإن عادت إليه الخ) قال فى النهر : أفاد بالغاية أى بقوله حتى يكفر أنه لو طلقها ثلاثا ، ثم عادت إليه تعود بالظهار ؛ وكذا لو كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد ، أو كانت حرة فلحقت مرتدة بدار الحرب وسبيت ثم اشتراها لا تحل له مالم يكفر (قوله وكذا اللعان) أى تبقى حرمته مؤبدة ، ولو عادت إليه بعد زوج آخر حتى تصدقه أو يكذب نفسه أو يخرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان كما سيأتى تقريره ، ولا يخفى أن كونها أمة أو مرتدة مخرج لها عن أهلية اللعان فلا يصح تصوير المسألة بهما أيضا فافهم (قوله تاب واستغفر) قال فى البحر الاستغفار منقول فى الموطأ من قول مالك ؛ والمراد منه التوبة من هذه المعصية ، وهى حرمة الوطء قبل الكفارة اهـ. وأفاد أنه لم يثبت به حديث كما فى الفتح ، لكن نقل نوح أفندى عن العلامة قاسم أنه ذكره محمد فى الأصل فقال باب الظهار . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أن رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر ، فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم ، فأمره أن يستغفر الله تعالى ولا يعود حتى يكفر » .

مطلب بلاغات محمد رحمه الله مسندة

وبلاغات محمد مسندة ، وقد أسنده فى كتاب الصوم (قوله وقيل عليه أخرى للوطء) ظاهره أن القائل به من أهل المذهب وليس كذلك ؛ لما فى الفتح : فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة ، ولا ثلاث كفارات كما هو عن الحسن البصرى والنخعى (قوله ولا يعود الخ) فإن عاد تاب واستغفر أيضا لقيام الحرمة قبل التكفير (قوله عزما مؤكدا) أى مستمرا بدليل مابعده ط (قوله لا كفارة عليه) لعدم العزم المؤكد لا لأنها وجبت عليه بنفس العزم ثم سقطت كما قال بعضهم ، لأنها بعد سقوطها لا تعود إلا بسبب جديد بحر عن البدائع ، لكن فيه فى الباب الآتى : ولو عزم ثم أبانها سقطت اهـ . ويمكن الجواب بأنه عبر به عن عدم الوجوب مسامحة (قوله على استباحة وطئها) قدر استباحة لقوله فى البحر ومراد المشايخ من قولهم العزم على وطئها العزم على استباحة وطئها لا العزم على نفس الوطء لأنهم قالوا : المراد فى الآية — ثم يعودون — لنقض ماقالوا ورفعه وهو إنما يكون باستباحتها بعد تحريمها لكونه ضدا للحرمة لا نفس وطئها (قوله أى يرجعون الخ) تفسير لقوله يعودون ، والمناسب التعبير بأو العاطفة بدل أى التفسيرية لأن تفسير العود بالعزم على استباحة الوطء مبنى على أن الآية على تقدير مضاف : أى يعودون لضد أو لنقض ماقالوا كما مر ، وهذا تفسير آخر مبنى على مانقله عن الفراء تأمل (قوله وعلى القاضى إلزامه به) اعترض بأنه لا فائدة للإجبار على التكفير إلا الوطء والوطء لا يقضى به عليه إلا مرة واحدة فى العمر كما مر فى القسم ، ولهذا لو صار عنينا بعد ماوطئها مرة لا يؤجل ؛ قال الحموى : وفرض المسألة فيما إذا لم يطأها قبل الظهار أبدا بعيد . وقد يقال فائدة الإجبار على التكفير رفع المعصية اهـ أى أن الظهار معصية حاملة له على الامتناع من حقها الواجب عليه ديانة فيأمره برفعها لتحل له كما يأمر المولى من امرأته بقربانها فى المدة أو يفرق بينهما ، فإن لم يقربها بانت منه لدفع الضرر عنها (قوله بحبس أو ضرب) أى يحبسه أولا ، فإن

ولو قيده بوقت سقط بمضيه وتعليقه بمشيئة الله تبطله ، بخلاف مشيئة فلان (وإن نوى بأنت عليّ مثل أمي) أو كأمي ، وكذا لو حذف عليّ خانية (برا أو ظهارا أو طلاقا صحت نيته) ووقع مانواه لأنه كناية (وإلا) ينو شيئا أو حذف الكاف (لغا) وتعين الأدنى أى البر ، يعنى الكرامة . ويكره قوله أنت أمي ويا ابنتي ويا أختي ونحوه (وبأنت عليّ حرام كأمي صح مانواه من ظهار أو طلاق) وتمنع إرادة الكرامة لزيادة لفظ التحريم ، وإن لم ينو

أبي ضربه كما فى البحر (قوله ولو قيده بوقت الخ) فلو أراد قربانها داخل الوقت لايجوز بلا كفارة بحر . والظاهر أن الوقت إذا كان أربعة أشهر فأكثر أنه لايكون إيلاء لعدم ركنه وهو الحلف أو التعليق بمشق ط وهو ظاهر . وفى الزيلعى فى غير هذا المحل : وقول من قال إن الظهار يمين فاسد لأن الظهار منكر من القول وزور محض واليمين تصرف مشروع مباح اه ثم رأيت فى كافى الحاكم ولايدخل على المظاهر إيلاء وإن لم يجامعها أربعة أشهر اه (قوله بخلاف مشيئة فلان) فإنها لاتبطله بل إن شاء فلان فى المجلس كان ظهارا كما فى النهر ح (قوله وإن نوى الخ) بيان لكنايات الظهار ، وأشار إلى أن صريحه لابد فيه من ذكر العضو بحر (قوله لأنه كناية) أى من كنايات الظهار والطلاق . قال فى البحر : وإذا نوى به الطلاق كان بائنا كلفظ الحرام ،وإن نوى الإيلاء فهو إيلاء عند أبي يوسف ، وظهار عند محمد . والصحيح أنه ظهار عند الكل لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه اه . ونظر فيه فى الفتح بأنه إنما يتجه فى أنت عليّ حرام كأمي والكلام فى مجرد أنت كأمي اه أى بدون لفظ حرام . قلت : وقد يجاب بأن الحرمة مرادة وإن لم تذكر صريحا .

هذا ، وقال الخير الرملي : وكذا لو نوى الحرمة المجردة ينبغي أن يكون ظهارا ، وينبغي أن لايصدق قضاء فى إرادة البر إذا كان في حال المشاجرة وذكر الطلاق اه (قوله أو حذف الكاف) بأن قال : أنت أمي ، ومن بعض الظن جعله من باب زيد أسد در منتقى عن القهستانى .

قلت : ويدل عليه مانذكره عن الفتح من أنه لابد من التصريح بالأداة (قوله لغا) لأنه مجمل فى حق التشبيه فما لم يتبين مراد مخصوص لايحكم بشيء فتح (قوله ويكره الخ) جزم بالكراهة تبعا للبحر والنهر .

والذى فى الفتح : وفى أنت أمي لايكون مظاهرا ، وينبغي أن يكون مكروها ، فقد صرحوا بأن قوله لزوجته ياأخية مكروه . وفيه حديث رواه أبو داود « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته ياأخية فكره ذلك ونهى عنه » ومعنى النهى قربه من لفظ التشبيه ، ولولا هذا الحديث لأمكن أن يقال هو ظهار ، لأن التشبيه فى أنت أمي أقوى منه مع ذكر الأداة ، ولفظ ياأخية استعارة بلا شك ، وهى مبنية على التشبيه ؛ لكن الحديث أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهى ، فعلم أنه لابد فى كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ، ومثله أن يقول لها يابنتي أو ياأختي ونحوه اه (قوله من ظهار) لأنه شبهها فى الحرمة بأمه وهو إذا شبهها بظهرها يكون مظاهرا فبكلها أولى نهر (قوله أو طلاق) لأن هذا اللفظ من الكنايات ، وبها يقع الطلاق بالنية أو دلالة الحال على مامر ؛ وقوله كأمي تأكيد للحرمة ؛ ولم أر مالو قامت دلالة على إرادة الطلاق ، بأن سألته إياه وقال نويت الظهار نهر .

قلت : ينبغي أن لايصدق ، لأن دلالة الحال قرينة ظاهرة تقدم على النية فى باب الكنايات فلا يصدق فى نية الأدنى لأن فيه تخفيفا عليه تأمل .

هذا ، ولم يبين فى هذه المسألة ما إذا نوى الإيلاء أو مجرد التحريم . وفى التاترخانية عن المحيط : وإن نوى التحريم لا غير صحت نيته . وفيها عن الخانية : إن نوى الطلاق أو الظهار أو الإيلاء فهو على ما نوى . قال الخير الرملي : وإذا قلنا بصحة نية التحريم يكون إيلاء عند أبي يوسف ، وظهارا عند محمد . وعلى ماصحح فيما تقدم

ثبت الأدنى وهو الظهار فى الأصح (وبأنت علىّ) حرام (كظهر أمى ثبت الظهار لاغير) لأنه صريح (ولا ظهار) صحيح (من أمته ولا ممن نكحها بلا أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت) لعدم الزوجية (أنتن علىّ كظهر أمى ظهار منهن) إجماعا (وكفر لكل) وقال مالك وأحمد : يكفيه كفارة واحدة كالإيلاء :

(ظاهر من امرأته مرارا فى مجلس أو مجالس فعليه لكل ظهار كفارة ، فإن عنى التكرار) والتأكيد (فإن بمجلس صدق) قضاء (وإلا لا) على المعتمد ، وكذا لو علقه بنكاحها كما مر عن التاترخانية .

[فروع] أنت علىّ كظهر أمى كل يوم اتحد ، ولو أتى بنى تجدد وله قربانها ليلا ، ولو قال كظهر أمى اليوم وكلما جاء يوم فكلما جاء يوم صار مظاهرا ظهارا آخر مع بقاء الأول ، ومتى علق بشرط متكرر تكرر ؛

يكون ظهارا على قول الكل ، لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه ، وإنما ذكرنا ذلك لكثرة وقوعه فى ديارنا اه .

قلت : وفى كافى الحاكم : وإن أراد التحريم ولم ينو الطلاق فهو ظهار اه (قوله ثبت الأدنى) لعدم إزالته ملك النكاح وإن طال ط (قوله فى الأصح) لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه كما مر . قال فى الخانية : وفى رواية عن أبى حنيفة يكون إيلاء ، والصحيح الأول (قوله لأنه صريح) لأن فيه التصريح بالظهر ، فكان مظاهرا سواء نوى الطلاق أو الإيلاء أو لم تكن له نية بحر .

وعندهما إذا نوى الطلاق أو الإيلاء فعلى مانوى . وعن أبى يوسف إذا أراد به الطلاق لزمه ولا يصدق فى إبطال الظهار ، وكذا إذا أراد به اليمين فيكون موليا ومظاهرا تاترخانية (قوله من أمته) أى لايصح ظهاره منها ابتداء ، أما بقاء فيصح لما مرأنه لوظاهر من زوجته الأمة ثم اشتراها بقى الظهار ، لأن حرمة الظهار إذا صادفت المحل لاتزول إلا بالكفارة كما فى النهر (قوله ثم أجازت) أى أجازت النكاح ، وإنما بطل الظهار لأنه صادق فى التشبيه قبل الإجازة ، ولا يتوقف بالإرادة ظهاره على الإجازة وتمامه فى البحر (قوله كالإيلاء) فإنه لو آلى منهن كان موليا منهن ولزمه كفارة واحدة . والفرق عندنا أن الكفارة فى الظهار لرفع الحرمة ، وهى متعددة بتعددهن ، وفى الإيلاء لهتك حرمة الاسم الكريم وهو ليس بمتعدد ، أفاده فى البحر وغيره (قوله فإن بمجلس صدّق قضاء الخ) أقول : الذى فى فتح القدير : لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر فى مجلس أو مجالس تتكرر الكفارة بتعدده إلا إن نوى بمابعد الأول تأكيدا فيصدق قضاء فيهما لا كما قيل فى المجلس لا المجالس اه ومثله فى الشرنبلالية عن السراج . وقال فى البحر : وفى بعض الكتب فرق بين المجلس والمجالس والمعتمد الأول اه وبه تعلم أنه اشتبه الأمر على المصنف والشارح ، ثم رأيت ط نبه على ذلك (قوله وكذا) أى يتكرر الظهار والكفارة لو علقه بنكاحها بما يفيد التكرار كما مر : أى فى قوله : لو قال إن تزوجتك فأنت علىّ كظهر أمى مائة مرة ، وكذا لو علقه بشرط متكرر كما يأتى قريبا (قوله اتحد) أى كان ظهارا واحدا بحر فيبطل بكفارة واحدة هندية ، وليس له أن يقربها ليلا اه ط أى قبل الكفارة لأنه ظهار مؤبد (قوله تجدد) أى الظهار كل يوم ، فإذا مضى يوم بطل ظهار ذلك اليوم وكان مظاهرا فى اليوم الآخر ، وله أن يقربها ليلا بحر ، لأن الظرف فيه معنى الشرط اه ط ؛ وإذا عزم على وطئها نهارا لزمه كفارة ذلك اليوم دون مامضى لبطلانه كما هو ظاهر (قوله فكلما جاء يوم صار الخ) فى العبارة سقط يوضحه مافى البحر : أنت علىّ كظهر أمى اليوم ، وكلما جاء يوم كان مظاهرا منها اليوم ، وإذا مضى بطل هذا الظهار ، وله أن يقربها فى الليل فإذا جاء غد كان مظاهرا ظهارا آخر دائما غير موقت ، وكذلك كلما جاء يوم صار مظاهرا ظهارا آخر مع بقاء الأول اه ومقتضاه أن يكفر لليوم الأول إذا عزم فيه ، ثم بعده إذا عزم يكفر عن كل واحد من الأيام السابقة على يوم عزمه لبقاء ظهار كل يوم مع تجدد مايأتى بعده ، لأن كلما لتكرار الأفعال ، بخلاف كل لأنها لعموم الأفراد : أى الأيام فى مثل قوله كل يوم فى المسألة السابقة (قوله بشرط متكرر)

ولو قال كظهر أمى رمضان كله ورجب كله اتحد استحسانا ، ويصح تكفيره فى رجب لافى شعبان كمن ظاهر ، واستثنى يوم الجمعة مثلا ، إن كفر فى يوم الاستثناء لم يجز وإلا جاز تتارخانية وبحر :

باب الكفارة

اختلف فى سببها : والجمهور أنه الظهار والعود

(هى) لغة من كفر الله عنه الذنب : محاه :

كقوله : كلما دخلت الدار فأنت علىّ كظهر أمى فيتكرر بتكرر الدخول كما فى البحر (قوله ويصح تكفيره فى رجب) وكذا فى رمضان فيما يظهر بل أولى (قوله لا فى شعبان) لأن له وطأها فيه بلا كفارة لعدم دخوله فى مدة الظهار والكفارة لاستباحة الوطء الممنوع شرعا عند العزم عليه فلا تجب قبله . والظاهر أنه لافرق فى ذلك بين كونه وطئها فى رجب أولا ، لأنه بالوطء قبل التكفير لايلزمه إلا التوبة والاستغفار ، ويلزمه التكفير عند العزم على الوطء، ولزوم التكفير بالظهار السابق لا بالوطء ، فلا يصح التكفير فى غير مدته سواء وطئها قبله أولا فافهم ، والله سبحانه أعلم :

باب الكفارة

(قوله اختلف فى سببها) أى سبب وجوبها ، أما سبب مشروعيتها فما هو سبب لوجوب التوبة وهو إسلامه وعهده مع الله تعالى أن لايعصيه ، وإذا عصاه تاب لأنها من تمام التوبة لأنها شرعت للتكفير بحر (قوله والجمهور أنه الظهار والعود) أى هو مركب منهما ، وقيل الظهار فقط والعود شرط ، لأن سببها ماتضاف إليه ، وقيل عكسه ، وقيل العزم على إباحة الوطء ، وهو قول كثير من مشايخنا ، وتمام الكلام عليه فى الفتح أول الباب السابق :

مطلب لااستحالة فى جعل المعصية سببا للعبادة

وفى البحر مايؤيد أنه الظهار ، حيث قال : وفى الطريقة المعينية : لا استحالة فى جعل المعصية سببا للعبادة التى حكمها أن تكفر المعصية وتذهب السيئة ، خصوصا إذا صار معنى الزجر فيها مقصودا ، وإنما المحال أن تجعل سببا للعبادة الموصلة إلى الجنة اهـ وفيه أيضا أنه لاثمرة لهذا الاختلاف (قوله من كفر) بيان لمادة الاشتقاق لاللمشتق منه لأنه المصدر لا الفعل (قوله محاه) كذا فى المصباح ، والأنسب ستره . ففى البحر عن المحيط أنها منبئة عن الستر لغة ، لأنها مأخوذة من الكفر وهو التغطية والستر اهـ ومنه سمى الزارع كافرا . وظاهر هذا أن المعصية لا تمحى من الصحيفة بل تستر ولايؤاخذ بها مع بقائها فيها ، وهو أحد قولين ، وأن الذنب يسقط بها بدون توبة ، وإليه يشير مامر عن الطريقة المعينية ، لكن يخالفه مامر عن البحر من أنها من تمام التوبة وهو الظاهر :

[تنبيه] ركن الكفارة الفعل المخصوص من إعتاق وصيام وإطعام . ويشترط لوجوبها القدرة عليها ، ولصحتها النية المقارنة لفعلها لا المتأخرة ، ومصرفها مصرف الزكاة ، لكن الذمى مصرف لها أيضا دون الحربى ، وفيه كلام سيأتى :

وصفتها أنها عقوبة وجوبا عبادة أداء . وحكمها سقوط الواجب عن الذمة وحصول الثواب المقتضى لتكفير الخطايا ، وهى واجبة على التراخى على الصحيح ، فلا يأثم بالتأخير عن أول أوقات الإمكان ويكون مؤديا لاقاضيا ويتضيق من آخر عمره ، فيأثم بموته قبل أدائها ، ولا تؤخذ من تركته بلا وصية من الثلث ؛ ولو تبرع الورثة بها جاز إلا فى الإعتاق والصوم ، وتمامه فى البحر :

وشرعا(تحرير رقبة) قبل الوطء : أى إعتاقها بنية الكفارة ، فلو ورث أباه ناويا الكفارة لم يجز (ولوصغيرا) رضيعا (أوكافرا) أو مباح الدم أو مرهونا أو مديونا أو آبقا علمت حياته أو مرتدة ، وفى المرتد وحربى خلى سبيله خلاف (أو أصم) إن صيح به يسمع وإلا لا (أو خصيا أو مجبوبا) أو رتقاء أو قرناء (أو مقطوع الأذنين)

قلت : لكن مر أنه يجبر على التكفير للظهار ، ومقتضاه الإثم بالتأخير . وأيضا فحيث كانت من تمام التوبة يجب تعجيلها فتأمل (قوله تحرير رقبة) لابد أن تكون الرقبة غير المظاهر منها ، لما فى الظهيرية والتاترخانية : أمة تحت رجل ظاهر منها ثم اشتراها وأعتقها عن ظهاره قبل لم يجز عندهما ، خلافا لأبى يوسف بحر . وفيه عن التاترخانية : ولابد أن يكون المعتق صحيحا ، وإلا فإن مات من مرضه وهو لايخرج من الثلث لايجوز وإن أجاز الورثة ولو برىء جاز (قوله قبل الوطء) ليس قيدا للصحة بل للوجوب ونفى الحرمة ، وفى معنى الوطء دواعيه (قوله بنية الكفارة) أى نية مقارنة لإعتاقه أو لشراء القريب كما يأتى (قوله فلو ورث أباه) تفريع على قوله أى إعتاقها فإنه يفيد أنه لابد من صنعه والإرث جبرى . وصورة إرث الأب أن يملكه ذو رحم من الابن كخالته ثم تموت عنه فلو نوى الكفارة حين موتها لم يجزه ، بخلاف مالو نواها عند شرائه أباه كما يأتى (قوله ولو صغيرا الخ) تعميم للرقبة ، لأن الرقبة كما فى الهداية عبارة عن الذات : أى الشىء المرقوق المملوك من كل وجه اه فشمل جميع ماذكر وقوله من كل وجه متعلق بالمرقوق لأن الكمال فى الرق شرط دون الملك ، ولذا جاز المكاتب الذى لم يؤد شيئا لا المدبر عناية ، وخرج الجنين وإن ولدته لأقل من ستة أشهر ، لأنه رقبة من وجه جزء من الأم من وجه حتى يعتق بإعتاقها كما فى البحر عن المحيط ، ودخل الكبير ولو شيخا فانيا ، والمريض الذى يرجى برؤه ، والمغصوب إذا وصل إليه بحر ، لكن فى الهندية عن غاية السروجى : ولايجزىء الهرم العاجز (قوله أو مباح الدم) عزاه فى البحر إلى جامع الجوامع . وذكر قبله عن محمد أنه إذا قضى بدمه ثم أعتقه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز ، ومثله فى الفتح ، وظاهر الأول الجواز وإن لم يعف عنه ، وليراجع فافهم (قوله أو مرهونا) فى البحر عن البدائع : وكذا لو أعتق عبدا مرهونا فسعى العبد فى الدين فإنه يجوز عن الكفارة ويرجع على المولى ، لأن السعاية ليست ببدل عن الرق (قوله أو مديونا) أى وإن اختار الغرماء استسعاءه ، لأن استغراق الدين برقبته واستسعاءه لايخل بالرق والملك ، فإن السعاية لم توجب الإخراج عن الحرية فوقع تحريرا من كل وجه بغير بدل عليه بحر عن المحيط (قوله أو مرتدة) أى بلا خلاف لأنها لاتقتل ، كذا فى الفتح (قوله وفى المرتد الخ) خبر مقدم ، وقوله خلاف مبتدأ مؤخر ، وقد علمت أن مباح الدم فيه خلاف أيضا فكان المناسب ذكره هنا . وظاهر الفتح اختيار الجواز فى المرتد ، فإنه قال : ويدخل فى الكافرة المرتد والمرتدة ، ولا خلاف فى المرتدة لأنها لاتقتل . وظاهره أن العلة فى المرتد أنه يقتل . وفى النهر : وفى المرتد خلاف ، وبالجواز قال الكرخى ، كما لو أعتق حلال الدم . ومن منع قال إنه بالردة صار حربيا ، وصرف الكفارة إليه لايجوز اه أى لأن إعتاقه فى حكم صرف الكفارة إليه ، ومقتضى هذا التعليل أن إعتاق الحربى لايجزىء اتفاقا ، ولذا أطلق فى الفتح عدم الإجزاء ، لكن فى البحر عن التتارخانية : لو أعتق عبدا حربيا فى دار الحرب ، إن لم يخل سبيله لايجوز وإن خلى سبيله ففيه اختلاف المشايخ ، بعضهم قالوا لايجوز (قوله إن صيح به يسمع وإلا لا) كذا فى الهداية ، وبه حصل التوفيق بين ظاهر الرواية أنه يجوز ، ورواية النوادر أنه لايجوز بحمل الثانية على الذى ولد أصم وهو الأخرس فتح (قوله أو خصيا إلى قوله أوقرناء) لأنهم وإن فات فيهم جنس المنفعة لكنها غير مقصودة فى الرقيق إذ المقصود فيه الاستخدام ذكرا أو أنثى ، حتى قالوا إن وطء الأمة من باب الاستخدام فإذا لم يمكن وطؤها كان استخدامها قاصرا لامنعدما رحمتى (قوله أومقطوع الأذنين) أى إذا كان السمع باقيا بحر

أو ذاهب الحاجبين وشعر لحية ورأس أو مقطوع أنف أو شفتين إن قدر على الأكل وإلا لا (أو أعور) أو أعمش (أو مقطوع إحدى يديه وإحدى رجليه من خلاف، أو مكاتبا لم يؤد شيئا) وأعتقه مولاه لا الوارث (وكذا) يقع عنها (شراء قريبه بنية الكفارة) لأنه بصنعه بخلاف الإرث (وإعتاق نصف عبده ثم باقيه) عنها استحسانا بخلاف المشترك كما يجيء (لا) يجزئ (فائت جنس المنفعة) لأنه هالك حكما (كالأعمى والمجنون) الذى (لا يعقل) فمن يفيق يجوز فى حال إفاقته ومريض لا يرجى برؤه وساقط الأسنان (والمقطوع يداه أو إبهاماه) أو ثلاث أصابع من كل يد (أو رجلاه أو يد ورجل من جانب) ومعتوه ومغلوب كافى

لأن الفائت فى هذه المسائل الزينة وهى غير مقصودة فى الرقيق، أما إذا عجز عن الأكل فإنه يؤدى إلى هلاكه ومنفعة الأكل فيه مقصودة، فكان هالكا حكما كالمريض الذى لا يرجى برؤه رحمتى (قوله أو مكاتبا) لأن الرق فيه كامل وإن كان الملك ناقصا فيه، وجواز الإعتاق عنها يعتمد كمال الرق لا كمال الملك. أما لو أدى شيئا فلا يجوز عنها كما يأتى بحر (قوله لا الوارث) أى لو أعتقه الوارث عن كفارته لا يجوز عنها، لأن المكاتب لا ينتقل إلى ملك الوارث بعد موت سيده لبقاء الكتابة بعد موته، فلا ملك للوارث فيه، بخلاف سيده، وإنما جاز إعتاق الوارث له لتضمنه الإبراء عن بدل الكتابة المقتضى للإعتاق بحر (قوله شراء قريبه) أى قريب العبد، وهو كل ذى رحم محرم منه، والمراد بالشراء تملكه بصنعه، فيدخل فيه قبول الهبة والصدقة والوصية (قوله بنية الكفارة) الباء بمعنى مع، فلو تأخرت النية عن الشراء ونحوه لم يجزه كما مر.

قال فى البحر: وما فى الخانية من باب عتق القريب: لو وكل رجلا بأن يشترى أباه فيعتقه بعد شهر عن ظهاره فاشتراه الوكيل يعتق كما اشتراه، ويجزى عن ظهار الآمر اهـ فمبنى على إلغاء قوله بعد شهر لمخالفته المشروع وهو عتق المحرم عند الشراء اهـ (قوله بخلاف الإرث) أى لو نوى إعتاقه عنها عند موت مورثه لم يجزه لأن الإرث جبرى كما مر (قوله ثم باقيه) أى قبل المسيس بحر (قوله استحسانا) وفى القياس لا يصح لأنه بعتق النصف تمكن النقصان فى الباقى، فصار كما لو أعتق نصيبه من العبد المشترك فضمن نصيب شريكه. وجه الاستحسان أن هذا النقصان من آثار العتق الأول بسبب الكفارة فى ملكه ومثله غير مانع، كمن أضجع شاة للتضحية وأصاب السكين عينها فذهبت، بخلاف العبد المشترك كما يأتى بيانه وهذا عنده، أما عندهما فالعتق لا يتجزأ، فلو أعتق نصف عبده ولم يعتق الباقى جاز عندهما لأنه يعتق كله منح (قوله لا يجزىء فائت جنس المنفعة) أى منفعة البصر والسمع والنطق والبطش والسعى والعقل قهستانى، والمراد فوت منفعة بتمامها ط أى منفعة مقصودة من العبد، فلا يرد فوات منفعة النسل فى الخصى ونحوه كما مر (قوله ومريض لا يرجى برؤه) لأنه ميت حكما بحر، وينبغى تقييده بما إذا مات من مرضه ذلك تأمل (قوله وساقط الأسنان) لأنه لا يقدر على المضغ بحر عن الولوالجية، لكن فيه أن ذلك لا يفوت جنس المنفعة بالكلية وإنما ينقصها، وقد مر أنه يجوز عتق الشيخ الفانى والطفل تأمل؛ وعبارة الفتح: لا ساقط الأسنان العاجز عن الأكل، وظاهره أنه عجز عنه بالكلية، وعليه فلا إشكال (قوله والمقطوع يداه) مثله أشل اليدين أو الرجلين والمفلوج اليابس الشق والمقعد والأصم الذى لا يسمع شيئا على المختار كما فى الولوالجية بحر (قوله أو إبهاماه) يعنى إبهامى اليدين؛ فلو قال أو إبهاماها لكان أولى ليخرج إبهامى الرجلين، إذ لا يمنع قطعهما كما فى السراج شرنبلالية (قوله أو ثلاث أصابع) لأن للأكثر حكم للكل فتح (قوله من جانب) بخلاف ما إذا كان من خلاف فإنه يجوز كما مر، لأنه يمكنه المشى بإمساك العصا باليد السالمة والمشى على الرجل الأخرى (قوله ومعتوه ومغلوب) عبارة البحر عن الكافى: وكذا المعتوه المغلوب بدون واو، وهى كذلك فى بعض النسخ، وفى بعضها

(ولا) يجزئ (مدبر وأم ولد ومكاتب أدى بعض بدله) ولم يعجز نفسه ، فإن عجز فحرره جاز ، وهى حيلة الجواز بعد أدائه شيئا (وإعتاق نصف عبد) مشترك (ثم باقيه بعد ضمانه) لتمكن النقصان (ونصف عبده عن تكفيره ثم باقيه بعد وطء من ظاهر منها) للأمر به قبل التماس (فإن لم يجد) المظاهر (مايعتق) وإن احتاجه لخدمته أو لقضاء دينه لأنه واجد حقيقة بدائع ، فما فى الجوهرة : له عبد للخدمة لم يجز الصوم إلا أن يكون زمنا انتهى يعنى العبد ليتوافق كلامهم ، ويحتمل رجوعه للمولى، لكنه يحتاج إلى نقل، ولا يعتبر مسكنه . ولو له مال

ومفلوج (قوله ولايجزئ مدبر وأم ولد) لاستحقاقهما الحرية بجهة ، فكان الرق فيهما ناقصا ، والإعتاق عن الكفارة يعتمد كمال الرق كالبيع ، فلذا لايجوز بيعهما بحر (قوله ومكاتب أدى بعض بدله) لأنه تحرير بعوض (قوله جاز) لأنه بالتعجيز بطل عقد الكتابة (قوله وهى) أى مسألة تعجيزه نفسه (قوله لتمكن النقصان) لأن نصيب صاحبه قد انتقض على ملكه لتعذر استدامة الرق فيه ثم يتحول إليه بالضمان لو موسرا عند الإمام . أما لو معسرا وسعى العبد فى بقية قيمته حتى عتق كله فلا يجزئه اتفاقا لأنه عتق بعوض وعندهما يجزئه لو موسرا لأنه عتق كله بإعتاق البعض بناء على تجزىء الإعتاق عنده لاعندهما (قوله للأمر به قبل التماس) فالشرط للحل مطلقا إعتاق كل الرقبة قبل التماس ولم يوجد فتقرر الإثم بذلك الوطء ، ثم لم يمكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفى معه عتق النصف الباقى ، لأن المجموع حينئذ ليس قبل التماس بل بعضه قبله وبعضه بعده ، فليس هو الشرط ، فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت إلى أن يوجد الشرط وهو عتق كل الرقبة : أى قبل التماس الثانى ليحل هو وما بعده ، وتمامه فى الفتح ، ثم هذا عنده ؛ أما عندهما فإعتاق النصف قبل الوطء إعتاق للكل كما مر (قوله فإن لم يجد) أى وقت الأداء لا وقت الوجوب بحر ، وسيأتى فى الفروع (قوله وإن احتاجه لخدمته) مبالغة على المفهوم ، فكأنه قال أما إن وجد تعين عتقه وإن احتاجه لخدمته (قوله أو لقضاء دينه الخ) قال فى البحر : وفى البدائع : لو كان فى ملكه رقبة صالحة للتكفير يجب عليه تحريرها سواء كان عليه دين أو لم يكن لأنه واجد حقيقة اهـ . وحاصله أن الدين لايمنع تحرير الرقبة الموجودة ويمنع وجوب شرائها بمال على أحد القولين اهـ (قوله يعنى العبد) أى أن الضمير فى قوله يكون زمنا راجع للعبد ، وهذا التأويل لصاحب البحر ، وتبعه فى النهر والمنح والشرنبلالية (قوله ويحتمل الخ) هذا هو المتبادر ، فإن كونه للخدمة ينافى كونه زمنا (قوله لكنه يحتاج إلى نقل) أى لأن مافى الجوهرة محتمل ، وعارضه مافى التاترخانية من قوله ومن ملك رقبة لزمه العتق وإن كان يحتاج إليها اهـ وكذا قول البدائع المتقدم لأنه واجد حقيقة أى فإن النص دل على إجزاء الصوم عند عدم الوجدان ، وهذا واجد .

فإن قلت : المحتاج إليه كالعدم ولذا جاز التيمم مع وجود الماء المحتاج إليه للعطش مع أن إجزاء التيمم مرتب فى النص على عدم وجدان الماء .

قلت : ذكر فى الفتح أن الفرق عندنا أن الماء مأمور بإمساكه لعطشه واستعماله محظور عليه ، بخلاف الخادم .

ونقل ط عن السيد الحموى ولو قيل بجواز الصوم إذا كان المولى زمنا لايجد من يخدمه إذا أعتقه كان له وجه وجيه .

قلت : وهو ظاهر إذا لزم من الإعتاق تحميل مالا يطلق ، كما إذا كان يكتسب له وينفق عليه ونحو ذلك فإيجاب إعتاقه مع ذلك مما يخالف قواعد الشريعة ، فلا يحتاج إلى نقل بخصوصه كما لايخفى (قوله ولا يعتبر مسكنه) أى لايكون به قادرا على العتق فلا يتعين عليه بيعه وشراء رقبة بل يجزئه الصوم لأنه كلباسه ولباس أهله خزانة ، وتقييدهم بالمسكن يفيد أنه لو كان له بيت غير مسكنه لزمه بيعه . وفى الدر المنتقى : ولا تعتبر ثيابه التى لابد له منها اهـ . ومفاده لزوم بيع مالا يحتاجه منها ط (قوله ولو له مال الخ) أى ثمن عبد فاضلا عن قدر كفايته ،

وعليه دين مثله ، إن أدى الدين أجزأه الصوم وإلا فقولان . ولو له مال غائب انتظره : ولو عليه كفارتان وفى ملكه رقبة فصام عن إحداهما ثم أعتق عن الأخرى لم يجز ، وبعكسه جاز (صام شهرين ولو ثمانية وخمسين) بالهلال وإلا فستين يوما ، ولو قدر على التحرير فى آخر الأخير لزمه العتق وأتم يومه ندبا ، ولا قضاء لو أفطر وإن صار نفلا (متتابعين قبل المسيس ليس فيهما رمضان وأيام نهى عن صومها) وكذا كل صوم شرط فيه التتابع

لأن قدرها مستحق الصرف فصار كالعدم ومنها قدر كفايته لقوت يومه لو محترفا وإلا فقوت شهر بحر :

والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه : إن ملك الرقبة لايجزئه الصوم ولو محتاجا إليها على مامر تفصيله ، وإن وجد غيرها مما هو مشغول بحاجته الأصلية كالمسكن فهو بمنزلة العدم لأنه ليس عين الواجب ولا معدا لتحصيله ؛ وإن وجد ماأعد لتحصيله كالدراهم والدنانير وهو مشغول بحوائجه الأصلية ، فإن صرفها إليه يجزئه الصوم لتحقق عجزه وإلا فقولان : أحدهما أنه يصير بمنزلة المعدوم لحاجته إليه ، والآخر أنه مالك لما أعد لتحصيله ، فهو واجد للرقبة حكما أفاده الرحمتى ، والقولان المذكوران يشير إليهما كلام محمد كما أوضحه فى البحر (قوله ولو له مال غائب انتظره) أى ليعتق به ولا يجزئه الصوم ، وكذا لو كان مريضا مرضا يرجى برؤه فإنه ينتظر الصحة ليصوم بحر ، بخلاف ماإذا كان لايرجى برؤه فإنه يطعم كما سيأتى . وفى البحر عن المحيط : لو له دين لايقدر على أخذه من مديونه يجزئه الصوم ، وإن قدر فلا ، وكذا لو وجبت عليها كفارة وقد تزوجها زوجها على عبد وهو قادر على أدائه إذا طالبته اه (قوله لم يجز) أى الصوم عن الأولى ، أما الإعتاق فجائز مطلقا ، ثم هذا ذكره فى البحر بحثا ، وأقره عليه فى النهر والمقدسى أخذا مما فى المحيط عليه كفارتا يمين وعنده طعام يكفى لإحداهما فصام عن إحداهما ثم أطعم عن الأخرى لايجوز صومه لأنه أطعم وهو قادر(١) على التكفير بالمال (قوله بالهلال) حال من لفظ الشهرين المقدر بعد لو ، وفى بعض النسخ او بالهلال .

وحاصله أنه إذا ابتدأ الصوم فى أول الشهر كفاه صوم شهرين تامين أو ناقصين ، وكذا لو كان أحدهما تاما والآخر ناقصا (قوله وإلا) أى وإن لم يكن صومه فى أول الشهر برؤية الهلال بأن غم أوصام فى أثناء شهر فإنه يصوم ستين يوما . وفى كافى الحاكم وإن صام شهرا بالهلال تسعة وعشرين وقد صام قبله خمسة عشر وبعده خمسة عشر يوما أجزأه (قوله ولو قدر الخ) أفاد أن المراد بعدم الوجود فى قوله فإن لم يجد الخ عدما مستمرا إلى فراغ صوم الشهرين بحر (قوله لزمه العتق) وكذا لو قدر على الصوم فى آخر الإطعام لزمه الصوم وانقلب الإطعام نفلا شرنبلالية (قوله وإن صار نفلا) لأنه شرع مسقطا لاملتزما منح ، أى وقد علم أن الظان لايلزمه الإتمام إن قطع على الفور ؛ أما لو مضى عليه ولو قليلا صار بمنزلة الشروع فى النفل فيلزمه إتمامه رحمتى ، لكن يشترط كون المضى عليه فى وقت النية ، إذ لو كان بعد الزوال لايمكنه الشروع ولا يكون العزم على المضى بمنزلة الشروع كما قررناه فى الصوم (قوله ليس فيهما رمضان الخ) لأنه فى حق الصحيح المقيم لايسع غير فرض الوقت ، أما المسافر فله أن يصوم عن واجب آخر . وفى المريض روايتان كما علم فى الأصول فى بحث الأمر ، والمراد بالأيام المنهية يوما العيد وأيام التشريق ، لأن الصوم بسبب النهى فيها ناقص فلا يتأدى به الكامل . وأفاد أنه لايشترط أن لايكون فيها وقت نذر صومه ، لأن المنذور المعين إذا نوى فيه واجبا آخر وقع عما نوى ، بخلاف رمضان بحر . وصورة عروض يوم الفطر عليه فيما لو كان مسافرا وصام رمضان عن كفارته (قوله وكذا كل صوم الخ) ككفارة قتل وإفطار ويمين :

---

(١) (قوله لأنه أطعم وهو قادر الخ) هكذا نسخة المحشى بلفظ أطعم . ولعل الصواب صام وهو قادر الخ تأمل اه .

(فإن أفطر بعذر) كسفر ونفاس بخلاف الحيض إلا إذا أيست (أو بغيره أو وطئها) أى والمظاهر منها، وأما لو وطىء غيرها وطأ غير مفطر لم يضر اتفاقا كالوطء فى كفارة القتل (فيهما) أى الشهرين (مطلقا) ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا كما فى المختار وغيره . وتقييد ابن ملك الليل بالعمد غلط بحر ، لكن فى القهستانى مايخالفه قنية (استؤنف الصوم لاالإطعام ، إن وطئها فى خلاله) لإطلاق النص فى الإطعام ، وتقييده فى تحرير وصيام (والعبد) ولو مكاتبا

وفى البحر عن أيمان الفتح : وكالمنذور المشروط فيه التتابع معينا أو مطلقا بخلاف المعين الخالى عن اشتراطه فإن التتابع فيه وإن ازم لكن لايستقبل إذا أفطر فيه يوما كرجب مثلا فإنه لايزيد على رمضان، وحكمه ماذكرناه (قوله فإن أفطر) أفاد أنه لو أكل ناسيا لم يضر كما فى الكافى (قوله بخلاف الحيض) فإنه لايقطع كفارة قتلها وإفطارها لأنها لاتجد شهرين خاليين عنه، بخلاف كفارة اليمين، وعليها أن تصل مابعد الحيض بما قبله، فلو أفطرت بعده يوما استقبلت لتركها التتابع بلا ضرورة أما النفاس فيقطع التتابع فى صوم كل كفارة ؛ وتمامه فى البحر (قوله إلا إذا أيست) بأن صامت شهرا مثلا فحاضت ثم أيست استقبلت لأنها قدرت على مراعاة التتابع فلزمها بحر عن المنتقى : أى قدرت عليه قبل إكمال الصوم ، بخلاف مابعده ، ثم نقل عن المحيط وعن أبى يوسف : إذا حبلت فى الشهر الثانى بنت (قوله أو بغيره) أى بغير عذر ، وهذا تصريح بما هو مفهوم بالأولى (قوله وطأ غير مفطر) كأن وطئها ليلا مطلقا أو نهارا ناسيا كذا فى الهندية ، أما إن وطئها نهارا عامدا بطل صومه ط وهذا داخل فى قوله فان أفطر (قوله كالوطء فى كفارة القتل) فإنه لو وطىء فيها ناسيا لايستأنف لأن المنع من الوطء فى كفارة الظهار لمعنى يختص بالصوم نهر عن الجوهرة، والأولى التعليل بأن النص اشترط الصوم قبل تماسهما (قوله وغيره) كالبدائع والتحفة وغاية البيان والعناية والفتح (قوله وتقييد ابن ملك الخ) فيه أن التقييد بالعمد وقع فى أكثر الكتب ، والغلط من ابن ملك هو جعله للاحتراز عن النسيان ، بل هو قيد اتفاقى كما فى البحر (قوله لكن فى القهستانى مايخالفه) حيث قال وكذا استأنف الصوم إن وطئها : أى المظاهر منها عمدا كما فى المبسوط والنظم والهداية والكافى والقدورى والمضمرات والزاهدى والنتف وغيرها، وبمجرد قول الإسبيجابى فى شرح الطحاوى بالليل عمدا أو نسيانا لايليق أن يحمل العمد على أنه قيد اتفاقى كما فعله صاحب الكفاية ومن تابعه ، ومن تأييده عدم التفات صاحب النهاية إليه اهـ .

قلت : وقد يقال إن مافى الإسبيجابى صريح فيقدم على المفهوم كما تقرر فى محله ، ولذا مشى عليه فى المختار وغيره كما علمت ، ومشى عليه أيضا العلامة ابن كمال باشا فى متنه . وقال فى هامش الشرح : من هنا تبين أن من قال ليلا عمدا لم يحسن لأن العمد والسهو فى الوطء بالليل سواء اهـ. وقال فى الفتح والعناية إن جماعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء لأن الخلاف فى وطء لايفسد الصوم اهـ أى الخلاف بين أبى يوسف والطرفين فعند جماع المظاهر منها إنما يقطع التتابع إن أفسد الصوم وعندهما مطلقا لأن تقدم الكفارة على التماس شرط بالنص وتمام تقريره فى الفتح ولذا قال فى الحواشى اليعقوبية إن عدم الفرق بين السهو والعمد هو الظاهر لأنه مقتضى دليل أبى حنيفة ومحمد (قوله لإطلاق النص الخ) ومن قواعدنا أنا لانحمل المطلق على المقيد وإن كانا فى حادثة واحدة بعد أن يكونا فى حكمين وإنما منع عن الوطء قبل الإطعام منع تحريم لجواز قدرته على العتق والصيام فيقعان بعده كذا قالوا وفيه نظر فإن القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذى لايرجى زواله أمر موهوم وباعتبار الأمور الموهومة لاتثبت الأحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب نهر وهو مأخوذ من الفتح (قوله والعبد) مبتدأ خبره قوله لايجزئه إلا الصوم لأن العبد لايملك وإن ملك والعتق والإطعام لايصح إلا ممن يملك (قوله ولو مكاتبا)

أو مستسعى وكذا الحر المحجور عليه بالسفه على المعتمد (لايجزئه إلا الصوم) المذكورولم يتنصف لما فيها من معنى العبادة ،وليس للسيد منعه منه (ولو) وصلية (أعتق سيده عنه أو أطعم) ولو بأمره لعدم أهلية التملك إلافى الإحصار فيطعم عنه المولى ، قيل ندباً ، وقيل وجوباً (فإن عجز عن الصوم) لمرض لايرجى برؤه أو كبر (أطعم) أى ملك (ستين مسكينا) ولو حكما ، ولايجزئ غير المراهق بدائع (كالفطرة) قدرا

لأن ملكه غير تام بل على شرف الزوال (قوله أو مستسعى) هو الذى عتق بعضه وسعى فى باقيه وهذا عنده ، وأما عندهما فيعتق كله ويكون حرا مديونا فيصح تكفيره بالإعتاق والإطعام رحمتى (قوله على المعتمد) أى من جريان الحجر على الحر السفيه وهو قولهما فلو أعتق عبده عنها يسعى فى قيمته ولم يجز عن تكفيره كذا فى خزانة الأكمل وغيرها نهر.

لغز أى حر ليس له كفارة إلا بالصوم ؟

وأفاد فى البحر أنه يلغز فيه فيقال : لنا حر ليس له كفارة إلا بالصوم (قوله ولم يتنصف) جواب عن سؤال كيف لزمه الصوم المذكور وهو صوم شهرين لانصفهما مع أن العبد على النصف من الحر فى كثير من الأحكام . والجواب أنه لم يتنصف لما فى الكفارة من معنى العبادة والعبادة لاتتنصف فى حقه ، وإنما تتنصف العقوبة كالحد والنعمة كالنكاح (قوله وليس للسيد منعه منه) أى من صوم هذه الكفارة لأنه تعلق بها حق المرأة بخلاف بقية الكفارات له أن يمنعه عن صومها لعدم تعلق حق عبد بها بحر (قوله ولو بأمره) أى أمر السيد له بأن ملكه ذلك وأمره أن يكفر به إذ لابد من الاختيار فى أداء ماكلف به أو بأمر العبد للسيد لأنه يتضمن تمليكه ؛ ثم التكفير به عنه كما لو أمر الحر غيره بذلك (قوله فيطعم عنه المولى) فيه مسامحة . وعبارة الفتح إلا فى الإحصار ، فإن المولى يبعث عنه ليحل هو فإذا عتق فعليه حجة وعمرة (قوله قيل ندبا وقيل وجوبا) الخلاف فى الوجوب وعدمه .

ففى البحر عن البدائع : لو أحصر بعد ماأحرم بإذن المولى قيل لايلزم المولى إنفاذ هدى لأنه لايجب للعبد على مولاه حق فإذا عتق وجب عليه ، وقيل يلزمه لأن هذا دم وجب لبلية ابتلى بها العبد بإذن المولى فصار كالنفقة اه ملخصا . قال ط : وقد يقال من نفى الوجوب لاينفى الندب ، بل يقول به مراعاة للقول الآخر (قوله لايرجى برؤه) فلو برىء وجب الصوم رحمتى (قوله أى ملك) الإطعام لايختص بالتمليك كما سيأتى ، لكن المراد به هنا التمليك وبما بعده الإباحة ، ولذا قال فى البدائع : إذا أراد التمليك أطعم كالفطرة ، وإذا أراد الإباحة أطعمهم غداء وعشاء (قوله ولو حكما) أى فإن الفقير مثله . وفى القهستانى : وقيد المسكين اتفاقى لجواز الصرف إلى غيره من مصارف الزكاة اه . ويحتمل أن يكون مبالغة فى قوله ستين ، ليشمل مالو أطعم واحدا ستين يوما ، لكن يغنى عنه مايأتى من تصريح المصنف به (قوله ولا يجزىء غير المراهق) أى لو كان فيهم صبى لم يراهق لايجزئ واختلف المشايخ فيه ، ومال الحلوانى إلى عدم الجواز بحر عند قول الكنز والشرط غداءان أو عشاءان مشبعان وذكر عند قول الكنز وهو تحرير رقبة عن البدائع ، وأما إطعام الصغير عن الكفارة فجائز بطريق التمليك لاالإباحة اه وبه علم أن ذكر ذلك هنا غير صحيح وإن وقع فى النهر ، لأن الكلام هنا فى التمليك وهو صحيح للصغير ، فالصواب ذكره عند قوله وإن غداهم وعشاهم الخ كما فعل فى البحر ، وكذا فى المنح حيث قال هناك : ولو كان فيمن أطعمهم صبى فطيم لم يجزه لأنه لايستوفى كاملا اه . وفى التاترخانية : وإذا دعا مساكين وأحدهم صبى فطيم أو فوق ذلك لايجزيه كذا ذكر فى الأصل . وفى المجرد : إذا كانوا غلمانا يعتمد مثلهم يجوز اه . وبه ظهر أيضا أن المراد بالفطيم وبغير المراهق من لايستوفى الطعام المعتاد (قوله كالفطرة قدرا) أى نصف صاع من بر أوصاع من تمر أو شعير ودقيق كل كأصله ، وكذا السويق .

ومصرفا (أو قيمة ذلك) من غير المنصوص ، إذ العطف للمغايرة (وإن) أراد الإباحة فـ(غداهم وعشاهم) أو غداهم وأعطاهم قيمة العشاء أو عكسه ، أو أطعمهم غداءين أو عشاءين ، أو عشاء وسحورا وأشبعهم (جاز) بشرط إدام فى خبز شعير وذرة لابرّ (كما) جاز (لو أطعم واحدا ستين يوما)

واختلفوا هل يعتبر الكيل أو القيمة فيهما كما فى صدقة الفطر بحر . وفى التتارخانية . ولو أدى الدقيق أو السويق أجزأه ، لكن قيل يعتبر فيه تمام الكيل ، وذلك نصف صاع فى دقيق الحنطة وصاع فى دقيق الشعير ، وإليه مال الكرخى والقدورى ، وقيل بالقيمة فلا يعتبر فيه تمام الكيل اه . فقول البحر ودقيق كل كأصله مبنى على الأول تأمل .

قال فى البحر : ولو دفع البعض من الحنطة والبعض من الشعير جاز إذا كان قدر الواجب كربع صاع من بر ونصف من شعير لاتحاد المقصود وهو الإطعام ؛ ولا يجوز التكميل بالقيمة كنصف صاع من تمر جيد يساوى صاعا من الوسط (قوله ومصرفا) فلا يجوز إطعام أصله وفرعه وأحد الزوجين ومملوكه والهاشمى ، ويجوز إطعام الذمى لا الحربى ولو مستأمنا بحر . قال الرملى : وفى الحاوى وإن أطعم فقراء أهل الذمة جاز . وقال أبو يوسف : لا يجوز ، وبه نأخذ اه .

قلت : بل صرح فى كافى الحاكم بأنه لا يجوز . ولم يذكر فيه خلافا ، وبه علم أنه ظاهر الرواية عن الكل (قوله إذ العطف للمغايرة) فإن عطف القيمة على المنصوص المفهوم من قوله كالفطرة يقتضى أن القيمة من غير المنصوص اهـ ح . وما فى النهر من قوله وفيه نظر إذ القيمة أعم من قيمة المنصوص عليه وغيره اه فيه كلام ذكرناه فيما علقناه على البحر فافهم .

والحاصل أن دفع القيمة إنما يجوز لو دفع من غير المنصوص ، أما لو دفع منصوصا بطريق القيمة عن منصوص آخر لا يجوز إلا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة شرعا ، فلو دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمته نصف صاع بر لا يجوز وعليه أن يتم لمن أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذى دفعه لهم ، فإن لم يجدهم بأعيانهم استأنف فى غيرهم ، وتمامه فى البحر (قوله فغداهم) فى بعض النسخ غداهم بدون فاء كما هو أصل المتن والأولى أولى ، فزاد الشارح الفاء لأنه قدر فعلا للشرط ، وجواب الشرط هو قوله جاز (قوله أو غداهم وأعطاهم قيمة العشاء) أى يجوز الجمع بين الإباحة والتمليك ، لأنه جمع بين شيئين جائزين على الانفراد ، وكذا يجوز إذا ملك ثلاثين وأطعم ثلاثين وكذا يجوز تكميل أحدهما بالآخر بحر . فى كافى الحاكم : وإن أعطى كل مسكين نصف صاع من تمر ومدا من حنطة أجزأه ذلك (قوله أو أطعمهم غداءين) أى أشبعهم بطعام قبل نصف النهار مرتين ، وقوله أو عشاءين : أى أشبعهم بطعام بعد نصف النهار مرتين ، كذا فى الدرر . وهذا ظاهر فى أن ذلك فى يوم واحد ، فلا تكفى فى يوم أكلة وفى آخر أخرى ، لكن صريح ما يأتى فى الفروع آخر الباب يخالفهم (قوله وأشبعهم) أى وإن قل ما أكلوا كما فى الوقاية فالشرط فى طعام الإباحة أكلتان مشبعتان لكل مسكين ، ولو كان فيهم شبعان قبل الأكل أو صبى غير مراهق لم يجز بحر ، وسيأتى أيضا ، وقدمنا أن الصواب ذكر الصبى هنا لا فى التمليك (قوله بشرط إدام الخ) أى ليمكنهم الاستيفاء إلى الشبع ، وهذا أحد قولين ، وإليه مال الكرخى ، والآخر لا يجوز إلا بخبز البر لأن محمدا نص على البر فى الزيادات كما فى البحر . وفى التاترخانية : والمستحب أن يغديهم ويعشيهم بخبز معه إدام (قوله كما جاز لو أطعم) يشمل التمليك والإباحة ، وعبر فى الكنز بأعطى المختص بالتمليك . والحق أنه لا فرق على المذهب ، وتمامه فى البحر . وفيه : والكسوة فى كفارة اليمين كالإطعام ، حتى لو أعطى واحدا عشرة أثواب

لتجدد الحاجة (ولو أباحه كل الطعام في يوم واحد دفعة أجزأ عن يومه ذلك فقط) اتفاقا (وكذا إذا ملكه الطعام بدفعات فى يوم واحد على الأصح) ذكره الزيلعى ، لفقد التعدد حقيقة وحكما :

(أمر غيره أن يطعم عنه عن ظهاره ففعل) ذلك الغير (صح) وهل يرجع ؟ إن قال على أن ترجع رجع ، وإن سكت فنى الدين يرجع اتفاقا ، وفى الكفارة والزكاة لايرجع على المذهب (كما صحت الإباحة) بشرط الشبع (فى طعام الكفارات) سوى القتل (و) فى (الفدية) لصوم وجناية حج ؛ وجاز الجمع بين إباحة وتمليك (دون الصدقات والعشر) والضابط أن ماشرع بلفظ إطعام وطعام جاز فيه الإباحة ، وما شرع بلفظ إيتاء وأداء شرط فيه التمليك .

(حرر عبدين عن ظهارين) من امرأة أو امرأتين (ولم يعين) واحدا بواحد (صح عنهما ، ومثله) فى الصحة (الصيام) أربعة أشهر

فى عشرة أيام يجوز ، ولو غدى واحدا عشرين يوما فى كفارة اليمين أجزأه اه .

قلت: ومقتضاه أنه لو غداه مائة وعشرين يوما أجزأه عن كفارة الظهار . ثم رأيته صريحا قال فى التاترخانية: وعن الحسن بن زياد عن أبى حنيفة إذا غدى واحدا مائة وعشرين يوما أجزأه (قوله لتجدد الحاجة) لأن المقصود سد خلة المحتاج ، والحاجة تتجدد بتجدد الأيام ، فتكرر المسكين بتكرر الحاجة حكما فكان تعدادا حكما . وفى المصباح: الخلة بالفتح الفقر والحاجة بحر (قوله دفعة) أى أو بدفعات ، وقوله بدفعات أى أو بدفعة كما أفاده فى البحر ، فهو من قبيل الاحتباك ، حيث صرح فى كل من الموضعين بما سكت عنه فى الموضع الآخر (قوله وكذا إذا ملكه) أى لايجزىء إلا عن يوم واحد ، وفصله عما قبله لأن فى التمليك خلافا بخلاف الإباحة فافهم (قوله لفقد التعدد الخ) علة للمسألتين . قال فى المنح لأنه لما اندفعت حاجته فى ذلك اليوم فانصرف إليه بعد ذلك يكون إطعام الطاعم فلا يجوز ط (قوله أمر غيره الخ) قيد بالأمر ، لأنه لو أطعم عنه بلا أمر لم يجز وبالإطعام ؛ لأنه لو أمره بالعتق عن كفارته لم يجز عندهما خلافا لأبى يوسف ، ولو بجعل سماه جاز اتفاقا ، وتكفير الوارث بالإطعام جائز . وفى كفارة اليمين بالكسوة أيضا ، بخلاف الإعتاق ، ولذا امتنع تبرعه فى كفارة القتل كما فى المحيط نهر (قوله صح) لأنه طلب منه التمليك معنى ، ويكون الفقير قابضا له أولا ثم لنفسه نهر (قوله فنى الدين يرجع) أى لو أمره بأن يقضى دينه ، وكذا لو أمره بأن ينفق عليه بزازية من كتاب الوكالة (قوله وفى الكفارة والزكاة) أى لو قال أعطه عن كفارتى أو أد زكاة مالى ، وكذا ٧ عوض عن هبتى أو هب لفلان عنى ألفا لايرجع بلا شرط الرجوع ، ففى كل موضع ملك المدفوع إليه المال المدفوع مقابلا بملك المال فالمأمور يرجع بلا شرط ، ولو بلامقابلة مال لايرجع بلا شرط بزازية ، وتمام الكلام على هذه المسائل ذكرناه فى تنقيح الحامدية (قوله فى طعام الكفارات) قيد به لأن الإباحة فى الكسوة فى كفارة اليمين لاتجوز ؛ كما لو أعار عشرة مساكين كل مسكين ثوبا بحر (قوله سوى القتل) فإنه لا إطعام فيه فلا إباحة ، وإنما ذكره للرد على العينى حيث قال أعنى كفارات الظهار واليمين والصوم والقتل (قوله وفى الفدية) هذا ظاهر الرواية ، وروى الحسن أنه لابد فيها من التمليك بحر (قوله لصوم) أى فى الشيخ الفانى أو من أخرج عنه بعد موته (قوله وجناية حج) كحلق أو لبس بعذر فإنه يذبح أو يطعم أو يصوم (قوله وجاز الجمع بين إباحة وتمليك) مكرر مع قوله المار أو غداهم وأعطاهم قيمة العشاء (قوله دون الصدقات) أى الزكاة وصدقة الفطر (قوله والضابط الخ) بيانه أن الوارد فى الكفارات والفدية الإطعام وهو حقيقة فى التمكين من الطعم ، وإنما جاز التمليك باعتبار أنه تمكين ، وفى الزكاة الإيتاء ، وفى صدقة الفطر الأداء وهما للتمليك حقيقة ، أفاده فى البحر (قوله ومثله فى الصحة الخ) قلت: وكذا لو جمع بين التحرير والصيام والإطعام ؛

(والإطعام) مائة وعشرين فقيرا لاتحاد الجنس ، بخلاف اختلافه ، إلا أن ينوى بكل كلا فيصح (وإن حرر عنهما رقبة) واحدة (أو صام) عنهما (شهرين صح عن واحد) بتعيينه ، وله وطء التى كفر عنها دون الأخرى (وعن ظهار وقتل لا) يصح لما مر ، مالم يحرر كافرة فتصح عن الظهار استحسانا لعدم صلاحيتها للقتل .

(أطعم ستين مسكينا كلا صاعا) بدفعة واحدة (عن ظهارين) كما مر (صح عن واحد) كذا فى نسخ الشرح ونسخ المتن لم يصح : أى عنهما ، خلافا لمحمد ، ورجحه الكمال (وعن إفطار وظهار صح) عنهما اتفاقا ، والأصل أن نية التعيين فى الجنس المتحد سببه لغو ، وفى المختلف سببه مفيد .

ففى كافى الحاكم : وإن ظاهر من أربع نسوة فأعتق رقبة ليس له غيرها ثم صام أربعة أشهر متتابعة ثم مرض وأطعم ستين مسكينا ولم ينو بشىء من ذلك واحدة بعينها أجزأه عنهن كلهن استحسانا اه (قوله لاتحاد الجنس) أى فلا حاجة إلى نية معينة هداية ، وسيأتى بيانه فى الأصل الآتى (قوله بخلاف اختلافه) أى الجنس ، كما لو كان عليه كفارة يمين وكفارة ظهار وكفارة قتل فأعتق عبيدا عن الكفارات لا يجزئه عن الكفارة ؛ ولو أعتق كل رقبة ناويا عن واحدة منها لابعينها جاز بالإجماع ، ولا يضر جهالة المكفر عنه كذا فى المحيط بحر ، وقوله ولو أعتق الخ هو المراد بقول الشارح إلا أن ينوى الخ وإن كان موهما خلاف المراد (قوله بتعيينه) هو معنى قول الزيلعى وكان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء ، وهذا الجعل هو تعيينه . وفى بعض النسخ بعينه ،وهو تحريف رحمتى .وفى نسخة يعينه بصيغة الفعل المضارع ، وهو فى معنى الأولى (قوله لما مر) من قوله بخلاف اختلافه (قوله لعدم صلاحيتها) للقتل ، فإنه لابد فى كفارة القتل من كونها مؤمنة للآية . ونظيره ما إذا جمع بين المرأة وبنتها أو أختها ونكحهما معا ، فإن كانتا فارغتين لم يصح العقد على كل منهما ، وإن كانت إحداهما متزوجة صح فى الفارغة بحر عن البدائع (قوله كلا صاعا) أى من البر إذ لو كان من تمر أو شعير يكون موضوع المسألة كلا صاعين بحر (قوله بدفعة واحدة) أما لو كان بدفعات جاز اتفاقا كما فى الكافى ، معللا بأنه فى المرة الثانية كمسكين آخر بحر (قوله كما مر) نعت لظهارين : أى عن ظهارين من امرأة أو امرأتين ح (قوله صح عن واحد) لأن النقصان عن العدد لايجوز فالواجب فى الظهارين إطعام مائة وعشرين ، فلا يجوز صرف الواجب إلى الأقل ، كما لو أطعم ثلاثين مسكينا لكل واحد صاعا فإنه لايكفى عن ظهار واحد . وفى البدائع : وكذا لو أطعم عشرة مساكين عن يمينين لكل مسكين صاعا فهو على هذا الخلاف بحر (قوله أى عنهما) فلا ينافى صحته عن أحدهما ، لكن لما كان فيه إيهام أنه لايصح أصلا أصلحها المصنف حال شرحه ط (قوله خلافا لمحمد) حيث قال يصح عنهما (قوله ورجحه الكمال) وكذا الإتقانى فى غاية البيان (قوله والأصل الخ) لأن النية إنما اعتبرت لتمييز بعض الأجناس عن بعض لاختلاف الأغراض باختلاف الأجناس ، فلا يحتاج إليها فى الجنس الواحد ، لأن الأغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر ، فبقى فيه مطلق نية الظهار وبمجردها لا يلزم أكثر من واحد ، وكون المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لايستلزم ذلك ، لأن نصف الصاع أدنى المقادير ، لا لمنع الزيادة عليه بل النقصان ، بخلاف ما إذا فرق الدفع أو كانا جنسين .

وقد يقال : اعتبارها للحاجة إلى التمييز وهو محتاج إليه فى أشخاص الجنس الواحد كما فى الأجناس ، وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به ، من أنه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ حتى حل وطء التى عينها اه فتح ، وقوله وقد يقال الخ بيان لترجيح قول محمد ، وأقره فى البحر أولا ، ثم قال بعده : وقد قرر المراد فى النهاية بما يدفع الإيراد فقال : أراد به تعميم الجنس بالنية ، ألا ترى أنه إذا عين ظهار إحداهما صح وحل له قربانها ، وكذا فى الفوائد الظهيرية اه .

[فروع] المعتبر فى اليسار والإعسار وقت التكفير ، أطعم مائة وعشرين لم يجز إلا عن نصف الإطعام فيعيد على ستين منهم غداء أو عشاء ولو فى يوم آخر للزوم العدد مع المقدار ، ولم يجز إطعام فطيم ولا شبعان .

باب اللعان

هو لغة مصدر لاعن كقاتل ، من اللعن : وهو الطرد والإبعاد ، سمى به لا بالغضب للعنه نفسه قبلها والسبق من أسباب الترجيح .
وشرعا (شهادات) أربعة كشهود الزنا (مؤكدات بالأيمان مقرونة شهادته) باللعن وشهادتها بالغضب لأنهن يكثرن اللعن ، فكان الغضب أردع لها (قائمة) شهاداته (مقام حد القذف فى حقه و) شهاداتها (مقام حد الزنا فى حقها) أى إذا تلاعنا سقط عنه حد القذف وعنها حد الزنا ،

قلت : وحاصله أن المراد بالتعيين اللغو تعيين جميع أفراد الجنس لا فرد خاص فتأمل.
ثم اعلم أن متحد الجنس (١) يعرف باتحاد السبب ومختلفه باختلافه ، ولذا كان صوم رمضان من قبيل الأول والصلاة من الثانى ، وكذا صوم يومين من رمضانين ، وتمامه فى البحر والنهر (قوله وقت التكفير) برفع وقت على أنه خبر المعتبر ، حتى لو كان وقت الظهار غنيا ووقت التكفير فقيرا أجزأه الصوم ، وعلى العكس لم يجزه تاترخانية (قوله أطعم مائة وعشرين) أى كل واحد أكلة واحدة (قوله فيعيد على ستين منهم) أى من المائة والعشرين ، وينبغى أنه إذا غدى العدد ثم غابوا أن ينتظر حضورهم أو يعيد الغداء مع العشاء على غيرهم بحر ، فلو كان المطعم وصيا ينبغى أن يجب عليه الانتظار إلا أن يغلب على ظنه عدم وجودهم فيستأنف نهر (قوله للزوم العدد) وهو الستون مع المقدار ، وهو الأكلتان المشبعتان فى الإباحة ، والصاع أو نصفه فى التمليك (قوله ولم يجز إطعام فطيم ولا شبعان) تقدم الكلام عليه ، والله سبحانه أعلم .

باب اللعان

(قوله مصدر لاعن) أى سماعا ، والقياس الملاعنة ، لكن ذكر غير واحد من النحاة أنه قياسى أيضا نهر (قوله سمى به لا بالغضب) أى مع أنه مشتمل على ذكر الغضب فى جانبها كما اشتمل على ذكر اللعن فى جانبه (قوله شهادات أربعة) هذا بيان لركنه ، ودل على اشتراط أهليتهما للشهادة فى حق كل منهما كما سيصرح به لا أهلية اليمين كما ذهب إليه الشافعى ، وسيأتى (قوله كشهود الزنا) أى اعتبرناه بهم ، فالملاعن لما كان شاهدا لنفسه كرر عليه أربعا ، أفاده فى شرح الملتقى ط (قوله مؤكدات بالأيمان) أى مقويات بها ، لأن لفظه أشهد بالله كما سيأتى (قوله باللعن) أى بعد الرابعة ومثله الغضب (قوله لأنهن يكثرن اللعن) كما ورد فى الحديث « إنهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير » أى الزوج . قال فى العناية : فعساهن يجترئن على الإقدام عليه لكثرة جريه على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن ، فقرن الركن فى جانبهن بالغضب ردعا لهن عن الإقدام (قوله فى حقه) أى على تقدير كذبه . وظاهر إطلاقه يقتضى عدم قبول شهادته أبدا ، وبه جزم العينى هنا تبعا لما فى الاختيار . وذكر الزيلعى فى القذف أنها تقبل نهر (قوله ومقام حد الزنا فى حقها) أى على تقدير صدقه كما فى النهر ح (قوله أى إذا تلاعنا الخ)

---

(١) (قوله ثم اعلم ان متحد الجنس الخ) مقتضى هذا الكلام أن يكون الظهار من قبيل مختلف الجنس ، لأن الألفاظ ، أعراض سيالة فقوله اليوم مثلا أنت على كظهر أمى غير قوله ذلك أمس وأجاب شيخنا لأن هذا تدقيق فلسفى لا تعتبره الفقهاء ، بل يجعلون الثانى من الألفاظ عين الأول ، وهذا هو التحقيق ، إذ لو قيل بالتغاير لزم أن مايتلى الآن غير المنزل اه .

لأن الاستشهاد بالله مهلك كالحد بل أشد.

(وشرطه قيام الزوجية وكون النكاح صحيحا) لافاسدا ، (وسببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد فى الأجنبية) خصت بذلك لأنها هى المقذوفة فتتم لها شروط الإحصان . وركنه شهادات مؤكدات باليمين واللعن .

(وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع بعد التلاعن ولو قبل التفريق بينهما) لحديث « المتلاعنان لايجتمعان أبدا» (وأهله من هو أهل للشهادة) على المسلم

بيان لوجه قيام الشهادات من الجانبين مقام الحدين (قوله مهلك) أى إذا كان كاذبا كما فى التبيين ح (قوله بل أشد) لأن إهلاك الحد دنيوى وإهلاك التجرى على اسم الله تعالى أخروى — ولعذاب الآخرة أشد — (قوله وشرطه قيام الزوجية) فلا لعان بقذف المنكوحة فاسدا أو المبانة ولو بواحدة ، بخلاف المطلقة رجعية ،ولا بقذف زوجته الميتة .

ويشترط أيضا : الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنطق وعدم الحد فى قذف ، وهذه شروط راجعة إليهما :

ويشترط فى القاذف خاصة : عدم إقامة البينة على صدقه ،وفى المقذوف خاصة إنكارها وجود الزنا منها ، وعفتها عنه . ويشترط أيضا كون القذف بصريح الزنا ، وكونه فى دار الإسلام ،هذا حاصل مافىالبحر عنالبدائع ونفى الولد بمنزلة صريح الزنا ، ويأتى أكثر هذه الشروط فى غضون كلامه (قوله يوجب الحد فى الأجنبية) أى بأن تكون محصنة (قوله خصت بذلك) أى باشتراط كونها محصنة .

وحاصله كما فى الفتح أن المرأة هىالمقذوفة دونه ، فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة ، بخلافه فإنه ليس مقذوفا وهو شاهد ، فاشترطت أهليته للشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه اه . وفيه ردّ لما فى النهاية من أن كونه محصنا شرط أيضا فى اللعان ، وقد خطأه الزيلعى وغيره (قوله فتتم لها شروط الإحصان) الفاء فصيحة : أى فإذا كانت هى المقذوفة دونه فيشترط أن يتم لها شروط الإحصان الخمسة ، وهى أن تكون عفيفة عن الزنا ، عاقلة بالغة ، حرة مسلمة (قوله وركنه) يغنى عنه ماذكره فى تعريفه ط (قوله والاستمتاع) أى بالدواعى، ومن حكمه وجوب التفريق بينهما ووقوع البائن بهذا التفريق بحر ط (قوله بعد التلاعن) أى مادام حكمه باقيا،فلو خرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان له أن ينكحها كما يأتى ،وعليه حمل الحديث المذكور . ولاينافيه قوله أبدا كما فى قوله تعالى— إنهم إن يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم فى ملتهم ولن تفلحوا إذا أبدا — أى مادمتم فى ملتهم كما فى البدائع ، وتمام الكلام على الحديث مبسوط فى الفتح (قوله من هو أهل للشهادة) أى لأدائها على المسلم لا لتحملها ، فلا لعان بين كافرين وإن قبلت شهادة بعضهم على بعض عندنا ، ولا بين مملوكين ، ولا من أحدهما مملوك أو صبى أو مجنون أومحدود فى قذف أو كافر ، وصح بين الأعميين والفاسقين لأنهما أهل للأداء ، إلا أنها لاتقبل للفسق ولعدم قدرة الأعمى على التميز ، وقد قبلت شهادتهفيما يثبت بالتسامع كالموت والنكاحوالنسب وتمامه فى البحر والنهر ، لكن قال فى الدر المنتقى قلت : الأصح عدم القبول كما سيجىء، نعم عمم القهستانى الأهلية ولو بحكم القاضى لنفوذ القضاء بشهادتهما اه أى المراد النفوذ وإن لم يجز للقاضى فعله ، لكن يرد عليه المحدود فى القذف . قال ابن كمال باشا : وأما المحدود في القذف فلا يجوز القضاء بشهادته أصلا ، نعم لو قضى بها ينفذ ، لكن الكلام فى الجواز فإنه أمر وراء النفاذ اه .

قلت : ويرد عليه الفاسق فإنه ينفذ القضاء بشهادته مع أنه لايجوز ،ولعل مراده بنفى الجواز نفى الصحة وبالنفاذ نفاذ الحكم بصحتها ممن يراها كشافعى . والفاسق يصح القضاء بشهادته ، وكذا الأعمى على القول بصحتها فيمايثبت

(فمن قذف) بصريح الزنا فى دار الإسلام (زوجته) الحية بنكاح صحيح ولو فى عدة الرجعى العفيفة عن فعل الزنا وتهمته ، بأن لم توطأ حراما ولو مرة بشبهة ولا بنكاح فاسد ولا لها ولد بلا أب (وصلحا لأداء الشهادة) على المسلم ؛ فخرج نحو قن وصغير ، ودخل الأعمى والفاسق لأنهما من أهل الأداء (أو) من (نفى نسب الولد) منه أو من غيره (وطالبته)

بالتسامع ، بخلاف المحدود فى القذف (قوله بصريح الزنا) كيازانية أو يازانى لأنه ترخيم قد زنيت قبل أن أتزوجك جسدك أو نفسك زان ، وخرج الكناية والتعريض نحو لست أنا بزان ، أفاده القهستانى ، وخرج بذكر الزنا اللواط فلا لعان فيه عنده ، وعندهما يثبت فيه كذا فى البحر ط ، وخرج أيضا وجدت معها رجلا يجامعها لأن الجماع لا يستلزم الزنا بحر (قوله فى دار الإسلام) أخرج دار الحرب لانقطاع الولاية (قوله زوجته) شمل غير المدخول بها كما فى الدر المنتقى وغيره (قوله الحية) لأن الميتة لم تبق زوجة ولأنه لا يتأتى منها اللعان ، فلو قذف زوجته الميتة فطالب من وقع القدح فى نسبه من غير أولاد القاذف يحد للقذف إن لم يبرهن ، أما لو طالبه من للقاذف عليه ولادة يسقط عنه لأنه لا يحد لوالده رحمتى (قوله بنكاح صحيح) هو إيضاح للتقييد بالزوجية ، لأن المنكوحة فاسدا غير زوجة ، ولو دخل بها فيه لم تبق عفيفة أيضا فلا يحد قاذفها أفاده الرحمتى (قوله ولو فى عدة الرجعى) خرجت المبانة فلا لعان فيها ، لكنه يحد كالأجنبى قهستانى عن شرح الطحاوى ط (قوله العفيفة) ذات لها صفة تغلب على الشهوة . وفى الشريعة امرأة بريئة من الوطء الحرام والتهمة قهستانى (قوله بأن لم توطأ الخ) بيان للعفة الشرعية ، وقوله حراما : أى وطأ حراما : أى محرما لعينه لا لعارض ، وذلك بأن يكون فى غير ملك صحيح ، بخلاف مالو كان فى ملكه وحرم لعارض حيض ونحوه ، فليس المراد بالزنا هنا ما أوجب الحد ، ولذا قال ولو مرة بشبهة : أى ولو كان بشبهة كوطء معتدته من بائن وإن ظن حله ، وقوله ولا بنكاح فاسد ، الأولى أو بنكاح فاسد عطفا على قوله بشبهة لأنه من الوطء الحرام ، وقوله ولا لها ولد الخ الأولى ولم يكن لها ولد عطفا على قوله لم توطأ لأنه بيان لقوله وتهمته فإنها تتهم بالزنا بوجود ولد لها بلا أب أى بلا أب معروف ، وسيأتى فى باب القذف إن شاء الله تعالى أن المراد بعدم معرفته عدمها فى بلد القذف لا فى كل البلاد (قوله وصلحا) أى كل من الزوجين (قوله لأداء الشهادة) لا لتحملها كما مر فإن الصبى أهل للتحمل لا للأداء (قوله فخرج نحو قن الخ) أى من كل من لا تصح شهادته ، ومنه ما إذا كان أحدهما محدودا فى قذف أو كافرا كما مر . وصورة ما إذا كان الزوج كافرا فقط ما فى البدائع : أسلمت امرأته ثم قبل عرض الإسلام عليه قذفها بالزنا اهـ أى لأنه يشهد عليها بالزنا ، ولا شهادة لكافر على مسلم ، وهذا يرد ما فى القهستانى من أنه يشترط صلاحية الشهادة حالة اللعان لا حالة القذف ، فإنه يلزم عليه جريانه بين كافرين ورقيقين بعد الإسلام والعتق . والظاهر أنه شرط فى الحالتين ، وسيذكر المصنف أيضا أن العبرة للإحصان حالة القذف (قوله ودخل الأعمى الخ) تقدم بيانه (قوله أو من نفى نسب الولد) أطلقه فشمل ما إذا صرح معه بالزنا أولا على مختار صاحب الهداية والزيلعى وهو الحق ، خلافا لما فى المحيط والمبتغى ، لأن قطع النسب من كل وجه يستلزم الزنا ، واحتمال كون الولد بوطء شبهة ساقط بالإجماع على أن من قال لست لأبيك يكون قاذفا لأمة حتى يلزمه حد القذف مع وجود هذا الاحتمال ، وتمامه فى البحر .

[تنبيه] فى الذخيرة لا يشرع اللعان بنفى الولد فى المجبوب والخصى ومن لا يولد له ولد لأنه لا يلحق به الولد اهـ وفيه نظر لأن المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ، كذا فى الفتح ، ويأتى فى أول اللعان ما يؤيده (قوله منه) متعلق بنسب أو بنفى ، وقوله أو من غيره بأن نفى نسب ولد زوجته من أبيه (قوله وطالبته)

أو طالبه الولد المنفى (به) أى بموجب القذف وهو الحد عند القاضى ولو بعد العفو أو التقادم، فإن تقادم الزمان لايبطل الحق فى قذف وقصاص وحقوق عباد جوهرة . والأفضل لها الستر وللحاكم أن يأمرها به (لاعن) خبر لمن : أى إن أقر بقذفه أو ثبت قذفه بالبينة ، فلو أنكر ولابينة لها لم يستحلف وسقط اللعان (فإن أبى حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد) للقذف (فإن لاعن لاعنت) بعده لأنه المدعى، فلو بدأ بلعانها أعادت ، فلو فرّق قبل الإعادة صح لحصول المقصود اختيار (وإلا حبست) حتى تلاعن أو تصدقه (فيندفع به اللعان ، ولا تحد)

قيد به لأنها لو لم تطالبه فلا لعان لأنه حقها لدفع العار عنها، ومراده طلبها إذا كان القذف بصريح الزنا ، أما بنفى الولد فالطلب حقه أيضا لاحتياجه إلى نفى من ليس ولده عنه بحر (قوله أو طالبه الولد المنفى) هذا سبق قلم ولم أره لغيره ، والصواب أن يقال أو طالب النافى للولد . وعبارة الفتح : ويشترط طلبها بخلاف ما إذا كان القذف بنفى الولد فإن الشرط طلبه لاحتياجه إلى نفى من ليس ولده عنه . وعبارة الزيلعى لابد من طلبها إلا أن يكون القذف بنفى الولد فإن له أن يطالب لاحتياجه الخ ، ومثله ماذكرناه آنفا عن البحر . ولا يخفى أن الضمير فى طلبه راجع للقاذف لاللولد، نعم طلب الولد شرط لوجوب حد القذف إن كان ولد غير القاذف وكانت الأم ميتة وإلا فالشرط طلبها كما سيأتى فى بابه؛ والكلام فى الطلب الذى هو شرط وجوب اللعان ولا يكون بعد موتها ، وهذا ظاهر جلى ثم رأيت الرحمتى أشار إلى بعض ماقلنا (قوله أى بموجب القذف) أشار إلى أن الضمير راجع إلى القذف المفهوم من قوله قذف ؛ لكن على تقدير مضاف وهو موجب أو أعاد الضمير عليه بمعنى موجبه على طريق الاستخدام وعليه اقتصر القهستانى (قوله وهو الحد) أى حد القذف إن أكذب نفسه ، أو اللعان إن أصرّ كما يأتى (قوله عند القاضى) متعلق بطالبته . قال فى البحر : ولابد من كونه : أى الطلب فى مجلس القاضى ، كذا فى البدائع (قوله ولو بعد العفو) أى لايسقط بالعفو ، لكن مع العفو لاحد لالصحة العفو بل لترك الطلب ، حتى لو عاد المقذوف وطلب يحد القاذف ، خلافا لمن فهم من عدم سقوطه بالعفو أن القاضى يقيم الحد عليه مع العفو كما نبه عليه فى البحر فى باب حد القذف (قوله لايبطل الحق فى قذف الخ) بخلاف بقية الحدود ، وسيأتى فى القضاء إن شاء الله تعالى أن السلطان إذا نهى القاضى عن سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة صح ، ولا يصح سماعها منه ، وهذا إذا كان الخصم منكرا ولم يكن الترك بعذر ، وإلا فإنه يصح . ولا يخفى أن النهى عن سماعها لايسقط الحق بل هو باق فى الدنيا والآخرة ، ولذا لو أذن السلطان بسماعها بعد ذلك يثبت الحق فافهم (قوله إن أقر بقذفه الخ)قيد لقوله لاعن ،وهومقيد أيضا بإصراره وبعجزه عن البينة على زناها أو على إقرارها به أو على تصديقها له ، وتمامه فى البحر (قوله أو ثبت قذفه بالبينة) هى رجلان لارجل وامرأتان بحر ، وعلله فى كافى الحاكم بأنه لاشهادة للنساء فى الحدود وهذا منها اه . فما فى النهر وتبعه فى الدر المنتقى من قوله أو رجل وامرأتان سبق قلم (قوله لم يستحلف) أى لأنه حد كافى أى والاستحلاف فائدته النكول وهو إقرار معنى لاصريح ففيه شبهة يندرىء الحد بها (قوله حبس حتى يلاعن الخ) قال ابن كمال : هنا غاية أخرى ينتهى الحبس بها ،وهى أن تبين منه بطلاق أو غيره ذكره السرخسى فى المبسوط اه وهو مفهوم من قول المصنف سابقا وشرطه قيام الزوجية شرنبلالية (قوله فيحد) فيه دلالة على أنه لايحد بمجرد امتناعه خلافا لمن شذ من المشايخ نهر (قوله لأنه المدعى) علة البعدية (قوله فلو بدأ) ضميره يعود للقاضى ، وكذا ضمير فرق (قوله أعادت) ليكون على الترتيب المشروع بحر عن الاختيار ، وظاهره الوجوب ، لكن قال فى محل آخر ، وفى الغاية لاتجب الإعادة ، وقد أخطأ السنة ، ورجحه فى الفتح بأنه الوجه ،وهو قول مالك اه ومثلها فى الشرنبلالية (قوله ولا تحد) وما فى بعض نسخ القدورى

وإن صدقته أربعا لأنه ليس بإقرار قصدا ، ولا ينتفى النسب لأنه حق الولد فلا يصدقان فى إبطاله ، ولو امتنعا حبسا ، وحمله فى البحر على ما إذا لم تعف المرأة .

واستشكل فى النهر حبسها بعد امتناعه لعدم وجوبه عليها حينئذ :

(وإذا لم يصلح) الزوج (شاهدا) لرقه أو كفره (وكان أهلا للقذف) أى بالغا عاقلا ناطقا (حد) الأصل أن اللعان إذا سقط لمعنى من جهته فلو القذف صحيحا حد وإلا فلا حد ولا لعان (فإن صلح) شاهدا (و) الحال أنها (هى) لم تصلح أو (ممن لايحد قاذفها فلا حد) عليه ، كما لو قذفها أجنبى (ولا لعان)

فتحد غلط ، لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة بحر وزيلعى .

قلت : وقد يجاب بأن مراد القدورى بالتصديق الإقرار بالزنا لا مجرد قولها صدقت ، واكتفى عن ذكر التكرار اعتمادا على ما ذكره فى بابه ، ويشير إلى هذا قول الحاكم فى الكافى ، وإذا صدقت المرأة زوجها عند الإمام فقالت صدق ولم تقل زنيت وأعادت ذلك أربع مرات فى مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا ، ويبطل اللعان ولا يحد من قذفها بعد هذا اهـ (قوله ولا ينتفى النسب) لأنه إنما ينتفى باللعان ولم يوجد ، وبه ظهر أن ما فى شرحى الوقاية والنقاية من أنها إذا صدقته ينتفى غير صحيح كما نبه عليه فى شرح الدرر والغرر بحر . وسيأتى أن شروط النفى ستة منها تفريق القاضى بينهما بعد اللعان (قوله لعدم وجوبه عليها حينئذ) أى حين امتنع ، لأنه لا يجب عليها إلا بعد لعانه ، فقبله ليس امتناعا لحق وجب نهر . وأجاب ط بأنه بعد الترافع منهما صار إمضاء اللعان حق الشرع فإذا لم تعف وأظهرت الامتناع تحبس ، بخلاف ما إذا أبى هو فقط فلا تحبس اهـ فتأمل . وأجاب الرحمتى بأنه ليس المراد أنهما امتنعا فى آن واحد بل المراد امتناعه بعد المطالبة به وامتناعها بعد لعانه فارجع المسألة إلى ما فى المتن ، والله تعالى أعلم بالصواب (قوله لرقه) أو لكونه محدودا فى قذف بحر (قوله أو كفره) بأن أسلمت ثم قذفها قبل عرض الإسلام عليه بحر (قوله أى بالغا عاقلا ناطقا) أما لو كان صبيا أو مجنونا أو أخرس فلا حد ولا لعان منح لأن قذفه غير صحيح (قوله إذا سقط لمعنى من جهته) بأن لم يصلح شاهدا لرقه ونحوه ، أما لو سقط لمعنى من جهتها وهو المسألة الآتية فى كلام المصنف فلا حد ولا لعان .

وبقى ما لو سقط من جهتهما كما لو كانا محدودين فى قذف فهو كالأول لأنه سقط لمعنى من جهته لأن البداءة به فلا تعتبر جهتها معه كما أفاده فى الجوهرة ، ويأتى تمامه قريبا (قوله فلو القذف صحيحا) بأن كان بالغا عاقلا ناطقا (قوله وإلا) أى وإن لم يكن القذف صحيحا بأن لم يكن كذلك (قوله فلا حد ولا لعان) نفى اللعان تأكيد لأن الكلام فيما إذا سقط (قوله لم تصلح) أى الشهادة ، وإنما زاده ليشمل المحدودة فى قذف ، فإنها لم تدخل فى كلام المصنف لأنها ممن يحد قاذفها كذا أفاده فى البحر ، ولولا هذه الزيادة لكان المفهوم من كلام المصنف أنه يحد لها مع أنه لا يحد كما يأتى بيانه (قوله فلا حد عليه) لأن شرط الحد الإحصان ، وهو كونها مسلمة حرة بالغة عاقلة عفيفة كما مر . وشرط اللعان : الإحصان وأهلية الشهادة ، فإذا كانت غير محصنة فلا حد ولا لعان لفقد الإحصان ، وإذا كانت محصنة لكنها محدودة فى قذف فلا لعان لعدم أهلية الشهادة ، ولا حد أيضا لأنه سقط اللعان لمعنى من جهتها لا من جهته .

والحاصل أنها إذا كانت كافرة أو رقيقة أو صغيرة أو مجنونة فلا حد لعدم الإحصان ولا لعان لذلك ولعدم أهليتها للشهادة ، وإذا كانت غير عفيفة سقطا أيضا لعدم الإحصان ولأنه صادق فى قوله وإذا كانت عفيفة محدودة فلما علمت هكذا ينبغى تحرير هذا المقام فافهم (قوله كما لو قذفها أجنبى) هذا فى غير العفيفة المحدودة ، أما فيها

لأنه خلفه لكنه يعزر حسما لهذا الباب ، وهذا تصريح بما فهم .

(ويعتبر الإحسان عند القذف ، فلو قذفها وهى أمة أو كافرة ثم أسلمت أو أعتقت فلا حد ولالعان) زيلعى (ويسقط) اللعان بعد وجوبه (بالطلاق البائن ثم لايعود بتزوجها بعده) لأن الساقط لايعود (وكذا) يسقط (بزناها ووطئها بشبهة وبردتها) ولا يعود لو أسلمت بعده (ويسقط بموت شاهد القذف وغيبته ، لا) يسقط (لو عمى) الشاهد (أو فسق أو ارتد ، ولو قال) لزوجتـــه (زنيت وأنت صبية أو مجنونة وهو) أى الجنون

فيحد الأجنبى بقذفها كما فى الشرنبلالية لأن سقوط الحد عن الزوج لعلة غير موجودة فى الأجنبى (قوله لأنه خلفه) كذا فى الدرر . والصحيح فى التعليل ماقدمناه لأن هذا لايظهر فى العفيفة المحدودة لأن اللعان فيها لم يسقط تبعا للحد بل بالعكس ، إلا أن يقال(١) الضمير فى لأنه للحد وفى خلفه للعان ، بناء على أن الواجب الأصلى فى قذف الزوج هو اللعان والحد خلف عنه ، بمعنى أنه إذا سقط اللعان وجب الحد حيث لامانع منه . وفى كلام ابن الكمال مايدل على هذا التأويل فتدبر (قوله لكنه يعزر) أى وجوبا لأنه أذاها وألحق الشين بها كذا فى البحر . وظاهره وجوب التعزير فى غير العفيفة قاله أبو السعود . وقد يقال : إنها هى التى ألحقت الشين بنفسها ط .

قلت : هـذا ظاهر إن كانت مجاهرة وإلا فيعزر بطلبها لإظهاره الفاحشة (قوله وهـذا) أى قوله وإذا لم يصلح شاهدا الخ (قوله تصريح بما فهم) أى من قوله قذفا يوجب الحد فى الأجنبية ، وقوله وصلحا لأداء الشهادة فإنه احتراز عن غير العفيفة وعما إذا لم يصلح وصلحت أو عكسه فافهم .

[تتمة] قال فى البحر : ولم يتعرض صريحا لما إذا لم يصلحا لأداء الشهادة وقد فهم من اشتراطه أولا أنه لالعان وأما الحد فلا يجب لو صغيرين أو مجنونين أو كافرين أو مملوكين ، ويجب لو محدودين فى قذف لامتناع اللعان لمعنى من جهته ، وكذا يجب لو كان هو عبدا وهى محدودة لأن قذف العفيفة موجب للحد ولو كانت محدودة (قوله ويعتبر الإحصان) يعلم منه ومن قوله وكذا يسقط بزناها اشتراط دوامه من حين القذف إلى حين التلاعن ط (قوله بالطلاق البائن) لو قال بالبينونة لشمل البينونة بالطلاق أو الفسخ أو الموت . وفى كافى الحاكم : وإذا قذف الرجل امرأته ثم بانت منه بطلاق أو غيره فلا حد عليه ولالعان لأن حده كان اللعان فلما لم يستقر اللعان بعد البينونة لم يحول إلى الحد ، ولو أكذب نفسه لم يحد ، ولو قال أنت طالق ثلاثا يازانية كان عليه الحد ،ولو قال يازانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه الحد ولا اللعان اهـ أى لحصول البينونة بعد وجوب اللعان (قوله ويسقط بموت الخ) أى إذا شهد وعدله القاضى ثم مات أو غاب لايقضى به .

قال فى الفتح : وفى الجامع : لو مات الشاهدان أو غابا بعد ماعدلا لايقضى باللعان وفى المال يقضى ، بخلاف مالو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما اهـ .

قلت : ولعل وجه الفرق أن الحد يدرأ بالشبهات ، واحتمال رجوع الشاهد عن شهادته قبل القضاء شبهة فمادام حيا حاضرا فالاحتمال قائم ، فإذا قضى القاضى بشهادته ولم يرجع زال الاحتمال ، وبعد القضاء يلغو ذلك الاحتمال لتأكد الحق بالقضاء ، أما إذا مات أو غاب فلا يقضى بشهادته ،لأنه لو كان موجودا احتمل رجوعه قبل القضاء فتأمل هذا . وفى اشتراط حضور الشاهدين لإقامة الحد كلام مذكور فى الشرنبلالية فى باب حد السرقة فراجعه

---

(١) (قوله إلا أن يقال الخ) قال شيخنا : فيه أن هذا التعليل لاينتج المدعى ، إذ لايلزم من سقوط الأصل سقوط الخلف بل الكثير ثبوت الخلف عند سقوط الأصل بل هذا معنى الخلفية ، ثم قال إلا أن يكون فى الكلام حذف ، والتقدير : لأنه خلفه حيث لامانع من ثبوت الخلف ، وهنا قد وجد المانع وهو سقوط اللعان لمعنى من جهتها اهـ .

(معهود فلا لعان) لإسناده لغير محله (بخلاف) زنيت (وأنت ذمية أو أمة أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل) حيث يتلاعنا لاقتصاره فتح .

(وصفته مانطق النص) الشرعى (به) من كتاب وسنة (فإن التعنا) ولو أكثره (بانت بتفريق الحاكم) فيتوارثان قبل تفريقه (الذى وقع اللعان عنده) ويفرق (وإن لم يرضيا) بالفرقة شمنى ؛ ولو زالت أهلية اللعان ، فإن بما يرجى زواله كجنون فرق وإلا لا ، ولو تلاعنا فغاب أحدهما ووكل بالتفريق فرق تاترخانية ، ومفاده أنه إذا لم يوكل ينتظر (فلو لم يفرق) الحاكم (حتى عزل أو مات استقبله الحاكم الثانى) خلافا لمحمد اختيار

وسيأتى بيانه هناك إن شاء الله تعالى (قوله معهود) أى عهد وقوعه منها (قوله فلا لعان) أى ولا حد لعدم الاحصان (قوله لإسناده لغير محله) أى لإسناده الزنا ، فإن محله البالغة العاقلة . وعبارة الفتح : لم يكن قذفا في الحال لأن فعلها لايوصف بالزنا (قوله حيث يتلاعنا) صوابه يتلاعنان بالنون فى آخره كما يوجد فى بعض النسخ (قوله لاقتصاره) أى لأنه يقع مقتصرا على زمن التكلم ولا يستند لأنها توصف بالزنا وهى ذمية أو أمة فقد ألحق بها الشين فافهم ، وكذا فى منذ أربعين سنة ولو عمرها أقل لأنه مبالغة فى القدم تأمل (قوله من كتاب وسنة) بيان للنص الشرعى ، وبه استغنى عما فى البحر الظاهر أنه أراد بالصفة الركن يعنى الماهية إذ صفته على وجه السنة لم ينطق بها النص ، وهو أن القاضى يقيمهما متقابلين ويقول له التعن فيقول الزوج أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وفى الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها فى كل مرة ، ثم تقول المرأة أربع مرات أشهد بالله إنه من الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وفى الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا كذا فى النهر ح .

مطلب فى الدعاء باللعن على معين

[تنبيه] مقتضى مشروعية اللعان جواز الدعاء باللعن على كاذب معين ، فإن قوله لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين دعاء على نفسه باللعن على تقدير كذبه ؛ فتعليقه على ذلك لايخرجه عن التعيين ، نعم يقال إن مشروعيته إن كان صادقا فلو كان كاذبا لايحل له . وذكر فى البحر مايدل على الجواز بما فى عدة غاية البيان من أن المباهلة مشروعة فى زماننا وهى الملاعنة ، كانوا يقولون إذا اختلفوا فى شيء بهلة الله على الكاذب منا ، وقدمنا الكلام على ذلك فى باب الرجعة (قوله بانت بتفريق الحاكم) أى تكون الفرقة تطليقة بائنة عندهما وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد هداية (قوله فيتوارثان قبل تفريقه) لأنها امرأته مالم يفرق القاضى بينهما كافى ، نعم يحرم الوطء ودواعيه قبل التفريق كما مر ويأتى ، ثم هذا تفريع على المفهوم ، وهو أنه لاتقع الفرقة بنفس اللعان قبل تفريق الحاكم ، ويتفرع عليه أيضا فى السعدية عن الكفاية أنه لو طلقها فى هذه الحالة طلاقا بائنا يقع ، وكذا لو أكذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد النكاح اهـ . وعند الشافعى تقع الفرقة بنفس اللعان ، والكلام معه مبسوط فى الفتح وهذا أحد المواضع التى شرط فيها القضاء ، وقد ذكرها فى المنح منظومة ، وتقدمت فى الطلاق (قوله الذى وقع اللعان عنده) محترزه قوله الآتى فلو لم يفرق الخ (قوله ولو زالت الخ) هذا أيضا من فروع عدم وقوع الفرقة قبل التفريق (قوله فرق) لأنه يرجى عود الإحصان فتح (قوله وإلا لا) أى وإن زالت أهلية اللعان بما لايرجى زواله ، بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد للقذف أو وطئت هى وطأ حراما أو خرس أحدهما لايفرق بينهما فتح (قوله ينتظر) لأن التفريق حكم فلا يصح على الغائب رحمتى (قوله استقبله الحاكم الثانى) أى استأنف اللعان (قوله خلافا لمحمد) فعنده لايستقبل لأن اللعان قائم مقام الحد فصار كإقامة الحد حقيقة ، وذلك لايؤثر فيه

(ولو أخطأ الحاكم ففرق بينهما بعد وجود الأكثر من كل منهما صح ولو بعد الأقل) أى مرة أو مرتين (لا) ولو فرق بعد لعانه قبل لعانها نفذ لأنه مجتهد فيه تاترخانية ، وقيده فى البحر بغير القاضى الحنفى ، أما هو فلا ينفذ (وحرم وطؤها بعد اللعان قبل التفريق) لما مر ولها نفقة العدة (وإن قذف) الزوج (بولد) حى (نفى) الحاكم (نسبه) عن أبيه (وألحقه بأمه) بشرط صحة النكاح ، وكون العلوق فى حال يجرى فيه اللعان حتى لو علق وهى أمة أو كتابية فعتقت أو أسلمت لا ينتفى لعدم التلاعن ، وأما شروط النفى فستة مبسوطة مذكورة فى البدائع وسيجىء (وإن أكذب نفسه)

عزل الحاكم وموته . ولهما أن تمام الإمضاء فى التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال كذا فى الاختيار ، ومفاده أنه لا تحصل حرمة الوطء قبل التفريق ، وسيأتى خلافه ، ومفاده أيضا أنه لابد من طلبها التلاعن عند الحاكم الثانى فليراجع (قوله بعد وجود الأكثر) بأن التعن كل منهما ثلاث مرات (قوله صح) أى التفريق وقد أخطأ السنة كافى (قوله لأنه مجتهد فيه) فإن الإمام الشافعى رحمه الله تعالى قائل بوقوع الفرقة بلعان الزوج فقط ، كذا فى النهر ح .

قلت : وقدمنا فى الخلع وفى أول الظهار معنى المجتهد فيه ، وإذا فهمته تعلم أنه لا يثبت كونه مجتهدا فيه بمجرد وقوع الخلاف فيه بين المجتهدين (قوله بغير القاضى الحنفى) المراد بغيره من يرى جوازه باجتهاد منه أو بتقليد للمجتهد كشافعى (قوله أما هو فلا ينفذ) أى بناء على المعتمد من أن القاضى ليس له الحكم بخلاف مذهبه ، ولاسيما قضاة زماننا المأمورين بالحكم بأصح أقوال أبى حنيفة (قوله وحرم وطؤها) أى ودواعيه كما مر ط (قوله لما مر) أى من حديث « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » ح (قوله ولها) أى للملاعنة بعد التفريق ط (قوله نفقة العدة) أى والسكنى ، وإذا جاءت بولد إلى سنتين لزمه ، وإن لم تكن عليها عدة لزمه إلى ستة أشهر كما فى الكافى (قوله حى) فلو نفاه بعد موته لاعن ولم يقطع نسبه ، وكذا لو جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما أو مات أحدهما قبل اللعان كما سيأتى (قوله نفى نسبه) أى لابد أن يقول قطعت نسب هذا الولد عنه بعد ماقال فرقت بينكما كما روى عن أبى يوسف : وفى المبسوط : هذا هو الصحيح ، لأنه ليس من ضرورة التفريق نفى النسب كما بعد الموت يفرق بينهما ولا ينتفى النسب بحر عن النهاية (قوله وألحقه بأمه) هذا غير لازم فى النفى ، وإنما خرج مخرج التأكيد نهر عن النهاية (قوله بشرط صحة النكاح) هذا الشرط والذى بعده زادهما فى البحر على شروط النفى الستة المذكورة فى البدائع ، وإنما لم يعدهما الشارح مع الستة إشارة إلى أنهما ليسا شرطين للنفى أصالة ، وإنما هما شرطان للعان كما أفاده فى النهر فهما من شروط النفى بواسطة لكن الثانى يغنى عن الأول تأمل (قوله لعدم التلاعن) لأنه نفى نسبه مستندا إلى وقت العلوق وليست وقته من أهل اللعان ، ولا ينتفى النسب بدون لعان (قوله فستة) الأول التفريق الثانى أن يكون عند الولادة أو بعدها بيوم أو يومين . الثالث أن لا يتقدم منه إقرار به ولو دلالة كسكوته عند التهنئة مع عدم رده . الرابع حياة الولد وقت التفريق . الخامس أن لا تلد بعد التفريق ولدا آخر من بطن واحد . السادس أن لا يكون محكوما بثبوته شرعا كأن ولدت ولدا فانقلب على رضيع فمات الرضيع وقضى بديته على عاقلة الأب ثم نفى الأب نسبه يلاعن القاضى بينهما ولا يقطع نسب الولد ، لأن القضاء بالدية على عاقلة الأب قضاء بكون الولد منه ، ولا ينقطع النسب بعده ، وتمامه فى البحر (قوله وسيجىء) أى عند قوله نفى الولد الحى الخ لكن المذكور هناك أكثر الشروط لا كلها (قوله وإن أكذب نفسه حد) أى إذا أكذبها بعد اللعان ، فلو قبله ينظر ، فإن لم يطلقها قبل الإكذاب فكذلك وإن أبانها ثم أكذب فلا حد ولا لعان زيلعى أى لأن اللعان لم يستقر بعد البينونة

ولو دلالة بأن مات الولد المنفى عن مال فادعى نسبه (حد) للقذف (وله) بعد ما كذب نفسه (أن ينكحها) حد أولا (وكذا إذا قذف غيرها فحد أو) صدقته أو (زنت) وإن لم تحد لزوال العفة .

والحاصل أن له تزوجها إذا خرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان .

(ولا لعان لو كانا أخرسين أو أحدهما ، وكذا لو طرأ ذلك) الخرس (بعده) أى اللعان (قبل التفريق ، فلا تفريق ولا حد) لدرئه بالشبهة مع فقد الركن وهو لفظ أشهد ولذا لاتلاعن بالكتابة (كما لالعان بنفى الحمل) لعدم تيقنه عند القذف ،

فلم يحول إلى الحد كما قدمناه عن الكافى. قال فى الشرنبلالية :وقوله وإن أكذب نفسه ليس تكرارا مع قوله حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد لأن ذاك فيما قبل اللعان وهذا فيما بعده (قوله ولو دلالة) أى سواء كان الإكذاب باعترافه أو ببينة أو دلالة نهر (قوله فادعى نسبه) أى فإنه لايصدق على النسب ولا الميراث ويضرب الحد ، فإن كان الولد ترك ولدا ذكرا أو أنثى يثبت نسبه من المدعى وورث الأب منه كافى الحاكم (قوله للقذف) أى لقذف الثانى الذى تضمنته كلمات اللعان كشهود الزنا إذا رجعوا فإنهم يحدون لالقذف الأول لأنه أخذ بموجبه وهو اللعان كما أفاده فى البحر ،وأفاد الرحمتى أنه لما أكذب نفسه تبين أن اللعان لم يقع موقعه من قيامه مقام حد القذف فرجعنا إلى الأصل من لزوم الحد بالقذف الأول فافهم (قوله حد أولا) أشار إلى مافى البحر من أن تقييد الزيلعى بالحد اتفاق (قوله أو زنت وإن لم تحد) أراد الزنا الوطء الحرام وإن لم يكن زنا شرعا كما ذكره الاسبيجابى بحر . ثم إن عبارة الهداية والكنز : أو زنت فحدت .

قال فى الفتح : قيل لا يستقيم لأنها إذا حدت كان حدها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد أن تزنى تخرج عن الأهلية ، ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف ، فيستقيم حينئذ توقف حلها للأول على حدها لأنه حد القذف . وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فإن حدها حينئذ الجلد لا الرجم لأنها ليست بمحصنة اهـ . وذكر القهستانى أنه يتصور الزنا فى المدخولة كما أشار إليه فى المضمرات بأن ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبى وتقع فى ملك رجل فيزنى رجل بها اهـ . وفيه أن الأهلية زالت بالردة لا بالزنا . وذكر فى البحر أن الرواية بالتخفيف ، فلذا لم يذكر المصنف الحد ، وأشار الشارح بقوله وإن لم تحد إلى أن التقييد بالحد غير معتبر المفهوم على رواية التخفيف ،بخلافه على التشديد كما صرح به فى النهر (قوله لزوال العفة) علة لحل النكاح فيما إذا صدقته أو زنت ، أما إذا أكذب نفسه ولم يحد أو حد بعد القذف فلظهور أن اللعان لم يقع موقعه كما قدمناه تأمل (قوله عن أهلية اللعان) لأنهما لم يبقيا متلاعنين لاحقيقة لأن حقيقة التلاعن حين وقوعه ، ولا حكما لزوال الأهلية التى كان التلاعن باقيا بها حكما بعد وقوعه ، فلا ينافى الحديث كما تقدم (قوله لدرئه بالشبهة) وهى احتمال تصديق أحدهما للآخر لو كان ناطقا (قوله مع فقد الركن) أى فيما إذا كان الخرس قبل اللعان (قوله ولذا) أى لفقد الركن أو للشبهة وهو أظهر ، لأن الكتابة قائمة مقام النطق فى الطلاق ونحوه ، لكن فيها شبهة كإشارة الأخرس فيندرئ الحد بها .

مطلب الحمل يحتمل كونه نفخا وفيه حكاية

(قوله لعدم تيقنه) قال فى الفتح : إذ يحتمل كونه نفخا أو ماء . وقد أخبرنى بعض أهلى عن بعض خواصها أنه ظهر بها حمل واستمر إلى تسعة أشهر ولم يشكك فيه حتى تهيأت له بتهيئة ثياب المولود ثم أصابها طلق وجلست الداية تحتها فلم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفى كل عصرة تصب الماء حتى قامت فارغة من غير ولد.وأما توريثه

ولو تيقناه بولادتها لأقل المدة يصير كأنه قال إن كنت حاملا فكذا ، والقذف لايصح تعليقه بالشرط (وتلاعنا) بقوله (زنيت وهذا الحمل منه) للقذف الصريح (ولم ينف) الحاكم (الحمل) لعدم الحكم عليه قبل ولادته ، ونفيه عليه الصلاة والسلام ولد هلال لعلمه بالوحى (نفى الولد) الحى (عند التهنئة) ومدتها سبعة أيام عادة (و) عند (ابتياع آلة الولاد صح وبعده لا) لإقراره به دلالة ، ولو غائباً فحالة علمه كحالة ولادتها (ولاعن فيهما) فيما إذا صح أولا لوجود القذف ، فقد تحقق اللعان بنفي الولد ولم ينتف النسب ، فقوله فيما مر ونفى نسبه ليس على إطلاقه .

(نفى أول التوأمين وأقر بالثانى حد) إن لم يرجع لتكذيبه نفسه

والوصية به وله فلا يثبت له إلا بعد الانفصال ، فيثبتان للولد لا للحمل . وأما العتق فإنه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى ، وأما رد الجارية المبيعة بالحمل فلأن الحمل ظاهر ، واحتمال الريح شبهة ، والرد بالعيب لايمتنع بالشبهة ، ويمتنع اللعان بها لأنه من قبيل الحدود ، والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب اهـ (قوله ولو تيقناه الخ) جواب عن قول الصاحبين بجريان اللعان إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيامه (قوله لعلمه بالوحى) أى لعلمه صلى الله عليه وسلم بالحمل وحياً من الله تعالى ، والمراد الجواب عما استدلا به لقولهما إنه يلاعن إذا ولدته لأقل المدة . وعن قول الشافعى أنه يلاعن قبل الولادة ، وهذا بعد تسليم كون هلال قذفها بنفي الحمل ، فقد أنكره ابن حنبل بل قذفها بالزنا وقال وجدت شريك بن سحماء على بطنها يزنى بها على أن كون لعانهما قبل الوضع معارض بما فى الصحيحين من أنه بعده ، فلا يستدل بأحدهما بعينه للتعارض ، وتمامه فى الفتح ، ولكن لم يذكر فيه أنه صلى الله عليه وسلم نفاه قبل الوضع كما اقتضاه كلام الشارح تبعا للنهر ، وإنما فيه قوله صلى الله عليه وسلم « انظروها ، فإن جاءت به كذا فهو لهلال ، أو جاءت به كذا فهو لشريك وأنها ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك » (قوله عند التهنئة) بالهمز من هنأته بالولد بالتثقيل والهمز مصباح (قوله ومدتها سبعة أيام عادة) أشار به إلى أنه لم يقدر زمنها بشىء كما هو ظاهر الرواية . وعن الإمام تقديره بثلاثة أيام ، وفى رواية الحسن سبعة وضعفه السرخسى بأن نصب المقادير بالرأى لايجوز شرنبلالية . وعندهما تقديره بمدة النفاس فتح (قوله وعند ابتياع آلة الولادة) أى عند شرائها كالمهد ونحوه ، والواو بمعنى أو كما يفيده كلام المصنف فى المنح وكلام الفتح وغيره (قوله وبعده لا) أى بعد قبوله التهنئة أو سكوته عندها أو شراء آلة الولادة ، وسكوته عن النفى ومضى ذلك الوقت إقرار منه منح . قال فى الفتح: وهذا من المواضع التى اعتبر فيها السكوت رضا إلا فى رواية عن محمد فى ولد الأمة إذا هنئ به فسكت لايكون قبولا لأنه غير ثابت إلا بالدعوة والسكوت ليس دعوة ، ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه فى النفى اهـ وولد أم الولد كولد المنكوحة لأن لها فراشا ، بخلاف الأمة لأنها لافراش لها جوهرة (قوله فحالة علمه كحالة ولادتها) فتجعل كأنها ولدته الآن . فله النفى عند أبى حنيفة فى مقدار مايقبل فيه التهنئة ، وعندهما فى مقدار مدة النفاس بعد القدوم كما فى الفتح شرنبلالية (قوله ليس على إطلاقه) بل هو مشروط بالشروط الستة المارة (قوله نفى أول التوأمين) تثنية توأم فوعل والأنثى توأمة والجمع توائم وتؤام كدخان مصباح . وهما ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر بحر (قوله إن لم يرجع) قيد به لأنه لو رجع عن الإقرار بالثانى يلاعن اهـ ح . وذكر الرحمتى أن هذا القيد لم يذكره فى البحر والنهر والدرر والمنح وغيرها ولا هو فى شرح الملتقى ، وكأنه غلط من الكاتب لأنه بإقراره بالثانى كذب نفسه بنفى الأول لأنهما من ماء واحد فصار قاذفا ورجوعه لايسقط الحد عنه اهـ (قوله لتكذيبه نفسه) أى باقراره بالثانى ، وهذا علة لقوله

(وإن عكس لاعن) إن لم يرجع لقذفها بنفيه (والنسب ثابت فيهما) لأنهما من ماء واحد.

(ولو جاءت بثلاثة فى بطن واحد فنفى) الثانى وأقر بالأول والثالث لاعن وهم بنـوه ، ولو نفى الأول و(الثالث وأقر بالثانى يحد وهم بنوه) كموت أحدهم شمنى .

(مات ولد اللعان وله ولد فادعاه الملاعن ، إن ولد اللعان ذكرا يثبت نسبه) إجماعا (وإن) كان (أنثى لا) لاستغنائه بنسب أبيه خلافا لهما ابن ملك .

حد (قوله وإن عكس) بأن أقر بالأول ونفى الثانى (قوله إن لم يرجع) لأنه لو رجع لا يلاعن بل يحد اه ح لأنه أكذب نفسه ، وهذا صحيح موافق لما مر ولما يأتى قريبا فافهم (قوله لقذفها بنفيه) علة لقوله لاعن اه ح .

قال فى الفتح : لايقال ثبوت نسب الأول معتبر باق بعد نفى الثانى ؛ فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفى الثانى وذلك يوجب الحد . لأنا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكمى والحد لايحتاط فى إثباته ، فكان اعتبار الحقيقة هنا متعينا لا الحكمى اه وقوله وذلك يوجب الحد يؤيد ماقاله ح من أنه لو رجع يحد . ولاينافيه مافى البحر عن الفتح من أنه لو قال بعد نفى الثانى هما ابناى أو ليسا بابنى فلا حد فيهما اه لعدم الرجوع فى الأول وعدم القذف فى الثانى .

ففى الفتح : ولو قال بعد ذلك هما ولداى لاحد عليه لأنه صادق لثبوت نسبهما ، ولا يكون رجوعا لعدم إكذاب نفسه بخلاف ماإذا قال كذبت عليها للتصريح بالرجوع . ولو قال ليسا ابنى كانا ابنيه ، ولايحد لأن القاضى نفى أحدهما وذلك نفى للتوأمين فليسا ولديه من وجه ولم يكن قاذفا لها مطلقا بل من وجه اه فافهم (قوله لاعن) كذا فى الفتح والبحر ، ومثله فى الجوهرة عن الوجيز ، ومقتضى مافى النهر أنه يحد ، وعزاه إلى الفتح ، وهو خلاف الواقع فافهم ، نعم قال الرحمتى : إن ماهنا مشكل ، لأن باقراره بالثالث صار مكذبا نفسه فى نفى الثانى فينبغى أن يحد لأنه بعد الإكذاب لم يبق محلا للتلاعن اه .

قلت : والجواب أنه لما أقر بالأول كان إقرارا بالكل فيكون إقراره بالثالث تأكيدا لإقراره أولا ، فلم يكن رجوعا لأنه صادق فيه كما مر آنفا ولذا علل فى الفتح المسألة بقوله لأن الإقرار بثبوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل ، كمن قال يده أو رجله منى . وقال : وكذا فى ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم أقر به يلاعن ويلزمه اه (قوله يحد) لأنه لما نفى الأول لزمه اللعان فلما أقر بالثانى صار مكذبا نفسه فلزمه الحد ولا يقبل رجوعه بعد (قوله كموت أحدهم) قال فى الفتح : لو نفاهما فمات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه لأنه لايمكن نفى الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفى الحى ، لأنه لايفارقه ، ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف ، واللعان ينفك عن نفى الولد . ولا يلاعن عند أبى يوسف لأن القذف أوجب لعانا يقطع النسب اه ملخصا .

قلت : واقتصر الحاكم فى الكافى على ذكر الأول بلا حكاية خلاف ، فعلم أنه ظاهر الرواية عن الكل فكان ينبغى للشارح ذكر قوله كموت أحدهم عقب قوله فى المسألة الأولى لاعن وهم بنوه ليكون التشبيه بثبوت النسب واللعان ، أما على ماذكره فإنه يقتضى عدم اللعان ، وهو خلاف ظاهر الرواية ويقتضى وجوب الحد . وفيه نظر لأنه على القول بعدم اللعان ، فالظاهر عدم الحد أيضا لأن اللعان سقط لمعنى ليس من جهته (قوله يثبت نسبه) أى نسب ولد ولد اللعان . قال فى البحر : وورث الأب منه اتفاقا لحاجة الولد الثانى إلى ثبوت النسب فبقاؤه كبقاء الأول (قوله لاستغنائه) أى استغناء ولد الأنثى بنسب أبيه ، فإن ولد البنت ينسب إلى أبيه . قال فى البحر : قيد بموتها أى موت الأنثى المنفية ،لأنها لو كانت حية ثبت نسبها بدعوة ولدها اتفاقا (قوله خلافا لهما) فعندهما يثبت

[فروع] الإقرار بالولد الذى ليس منه حرام كالسكوت لاستلحاق نسب من ليس منه بحر . وفيه متى سقط اللعان بوجه ما أو ثبت النسب بالإقرار أو بطريق الحكم لم ينتف نسبه أبدا ، فلو نفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبى بالولد فحد فقد ثبت نسب الولد ، ولا ينتفى بعد ذلك.

نفى نسب التوأمين ثم مات أحدهما عن توأمه وأمه وأخ لأم فالإرث أثلاثا فردا وردا للأم السدس وللأخوين الثلث والباقى يرد عليهم ، وبه علم أن نفيه يخرجه عن كونه عصبة ، قالوا وصرحوا ببقاء نسبه بعد القطع فى كل الأحكام لقيام فراشها إلا فى حكمين : الإرث والنفقة فقط ، حتى لاتصح دعوة غير النافى وإن صدقه الولد انتهى قلت : قال البهنسى : إلا أن يكون ممن يولد مثله لمثله ، أو ادعاه بعد موت الملاعن فليحفظ .

نسبه منه بحر (قوله الإقرار بالولد الخ) قال عليه الصلاة والسلام حين نزلت آية الملاعنة « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » رواه أبو داود والنسائى . وفى الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام « من ادعى أبا فى الإسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » كذا فى الفتح (قوله بوجه ما) كعدم صلوح أحدهما للشهادة أو عدم الإحصان (قوله فقد ثبت نسب الولد) أى ضمنا لأن حد قاذفها يتضمن ثبوت نسب الولد من أبيه (قوله فالإرث أثلاثا الخ) الإرث مبتدأ خبره محذوف تقديره يكون أو يثبت . وفى كلام العرب : حكمك مسمطا ، وما ذكره هنا هو ماجزم به فى البحر والنهر نقلا عن شرح التلخيص وعزاه فى البحر قبل هذا إلى شهادات الجامع ، وهو مخالف لما ذكره الشارح فى الفرائض من أنه يرث من توأمه ميراث أخ لأبوين ، ومثله فى سكب الأنهر معزيا إلى الاختيار ، لكن نسب السرخسى فى المبسوط الأول إلى علمائنا ونسب الثانى إلى الإمام مالك ، وسيأتى تمام الكلام عليه فى الفرائض إن شاء الله تعالى (قوله يرد عليهم) أى بقدر حصصهم ، فيخص كلا ثلث ، فالمسألة الفرضية من ستة والردية من ثلاثة ط (قوله وبه علم الخ) قال فى البحر : وهذا يبين أن قطع النسب جرى فى التوأم ، لأنه لولم يقطع نسبه عن أخيه التوأم لكان عصبة يأخذ الثلثين وقطع النسب عن أخيه التوأم بالتبعية لأبيهما ، وتمامه فى شرح التلخيص اه (قوله فى كل الأحكام) فيبقى النسب بين الولد والملاعن فى حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم واللحوق بالغير ، حتى لاتجوز شهادة أحدهما للآخر ، ولا صرف زكاة ماله إليه ، ولا يجب القصاص على الأب بقتله ، ولو كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لايجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت ، ولو ادعى إنسان هذا الولد لايصح وإن صدقه الولد فى ذلك فتح عن الذخيرة (قوله لقيام فراشها) أى لثبوت كونها فراشا : أى زوجة وقت الولادة . قال فى المصباح : وكل واحد من الزوجين يسمى فراشا للآخر كما يسمى لباسا .

قال فى البحر : لأن النفى باللعان ثبت شرعا ، بخلاف الأصل بناء على زعمه وظنه مع كونه مولودا على فراشه وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » فلا يظهر فى حق سائر الأحكام (قوله حتى لاتصح دعوة غير النافى) أما دعوة النافى فتصح مطلقا ولو كان المنفى كبيرا جاحدا للنسب من النافى بحر (قوله قال البهنسى الخ) كذا رأيته فى شرح البهنسى على الملتقى غير معزى لأحد مع أن ذلك ذكره فى الفتح بحثا فإنه قال بعد نقله مامر عن الذخيرة ، وهو مشكل فى ثبوت النسب إذا كان المدعى ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لأنه مما يحتاط فى إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الإياس من ثبوته من الملاعن وثبوته من أمه لاينافيه اه أى لإمكان كونه وطئها بشبهة ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب العنين وغيره

(هو) لغة من لايقدر على الجماع فعيل بمعنى مفعول جمعه عنن .

وشرعا (من لايقدر على جماع فرج زوجته) يعنى لمانع منه ككبر سن أو سحر ، إذ الرتقاء لاخيار لها للمانع منها خانية .

(إذا وجدت) المرأة (زوجها مجبوبا) أو مقطوع الذكر فقط أو صغيره جدا كالزر ولو قصيرا لايمكنه إدخاله داخل الفرج فليس لها الفرقة بحر ، وفيه نظر

باب العنين وغيره

شروع فى بيان من به مرض له تعلق بالنكاح (قوله وغيره) الأولى ونحوه من كل من لايقدر على جماع زوجته: كالمجبوب والخصى والمسحور والشيخ الكبير . والشكاز كشداد بشين معجمة وزاى: من إذا حدث المرأة أنزل قبل أن يخالطها قاموس (قوله على الجماع) أى جماع زوجته أو غيرها ، فهو أعم من المعنى الشرعى الآتى (قوله فعيل بمعنى مفعول) هذا مبنى على أنه من عنّ بمعنى حبس لامن عن بمعنى أعرض . قال فى المصباح قال الأزهرى : وسمى عنينا لأن ذكره يعن بقبل المرأة عن يمين وشمال أى يعترض إذا أراد إيلاجه . والعنة : بالضم حظيرة للإبل والخيل ، فقول الفقهاء لو عنّ عن امرأة تخرج على المعنى الثانى دون الأول لأنه يقال عنّ عن الشىء يعن من باب ضرب بالبناء للفاعل: إذا أعرض عنه وانصرف، ويجوز أن يقرأ بالبناء للمفعول اه . وذكر أيضا أن قول الفقهاء به عنة . وفى كلام الجوهرى مايشبهه كلام ساقط . والمشهور رجل عنين بين التعنين والعنينة (قوله جمعه عنن) بضم أوله وثانيه أفاده ط (قوله على جماع فرج زوجته) أى مع وجود الآلة سواء كانت تقوم أولا ، أخرج الدبر فلا يخرج عن العنة بالإدخال فيه خلافا لابن عقيل من الحنابلة معراج لأن الإدخال فيه وإن كان أشد ، لكنه قد يكون ممنوعا عن الإدخال فى الفرج لسحر . وأخرج أيضا مالو قدر على جماع غيرها دونها أو على الثيب دون البكر . وفى المعراج : إذا أولج الحشفة فقط فليس بعنين وإن كان مقطوعها فلابد من إيلاج بقية الذكر . قال فى البحر : وينبغى الاكتفاء بقدرها من مقطوعها ، ولم أر حكم ما إذا قطعت ذكره وإطلاق المجبوب يشمله ، لكن قولهم لو رضيت به فلا خيار لها ينافيه ، وله نظيران : أحدهما لو خرب المستأجر الدار . الثانى لو أتلف البائع المبيع قبل القبض اه أى فإنه ليس له فسخ الإجارة ولا الرجوع بالثمن (قوله لمانع منه) أى فقط ؛ فخرج ما إذا كان المانع منها فقط أومنهما جميعا كما يأتى ط (قوله أو سحر) قال فى البحر: فهو عنين فى حق من لايصل إليها لفوات المقصود فى حقها ، فإن السحر عندنا حق وجوده وتصوره وتكون أثره كما في المحيط اه (قوله إذ الرتقاء) أى التى وجدت زوجها مجبوبا والقرناء مثلها كما يأتى (قوله مجبوبا) فى المصباح جببته جبا من باب قتل : قطعته وهو مجبوب بين الجباب بالكسر : إذا استؤصلت مذاكيره اه فالمصدر هو الجب والاسم هو الجباب فافهم ؛ والمذاكير جمع ذكر والمراد بها الذكر والخصيتان تغليبا (قوله أو مقطوع الذكر فقط) قال فى النهر ولم يذكروه . والظاهر أنه يعطى هذا الحكم اه وهذا لاشبهة فيه (قوله أو صغيره) بهاء الضمير أى صغير الذكر ، وقوله جدا أى نهاية ومبالغة مصباح (قوله كالزر) بالزاى المكسورة واحد الأزرار (قوله وفيه نظر) أشار إلى ماقاله الشرنبلالى فى شرحه على الوهبانية .

أقول: إن هذا حاله دون حال العنين لإمكان زوال عنته فيصل إليها ، وهو مستحيل هنا ، فحكمه حكم المجبوب

وفيه : المجبوب كالعنين إلا فى مسألتين التأجيل ومجىء الولد (فرق) الحاكم بطلبها لو حرة بالغة غير رتقاء وقرناء وغير عالمة بحاله قبل النكاح وغير راضية به بعده (بينهما فى الحال) ولو المجبوب صغيرا لعدم فائدة التأجيل (فلو جب بعد وصوله إليها) مرة (أو صار عنينا بعده) أى الوصول (لا) يفرق لحصول حقها بالوطء مرة .
(جاءت امرأة المجبوب بولد) ولم تعلم بجبه فادعاه ثبت نسبه

بجامع أنه لايمكنه إدخال آلته القصيرة داخل الفرج ، فالضرر الحاصل للمرأة به مساو لضرر المجبوب فلها طلب التفريق ؛ وبهذا ظهر أن انتفاء التفريق لاوجه له وهو من القنية فلا يسلم اه .

قلت : لكن لم ينفرد به صاحب القنية ، بل نقله فى الفتح والبحر عن المحيط . والأحسن الجواب بأن المراد بداخل الفرج نهايته المعتاد الوصول إليها ، ولذا قال فى البحر : وظاهره أنه إذا كان لا يمكنه إدخاله أصلا فإنه كالمجبوب لتقييده بالداخل اه وقدمنا ماهو صريح فى اشتراط إدخال الحشفة (قوله إلا فى مسألتين التأجيل ومجىء الولد) أى أن المجبوب لا يؤجل بل يفرق فى الحال ، ولو ولدت امرأته بعد التفريق لا يبطل التفريق كما يأتى . وزاد فى البحر مسألتين أيضا : أنه يفرق بلا انتظار بلوغه ، ولا انتظار صحته لو مريضا (قوله فرق الحاكم) وهو طلاق بائن كفرقة العنين بحر عن الخانية ، ولها كل المهر ، وعليها العدة إن خلابها عنده . وعندهما لها نصفه كما لو لم يخل بها بدائع (قوله بطلبها) هو على التراخى كما يأتى بيانه (قوله لو حرة) أما الأمة فالخيار لمولاها كما يأتى متنا (قوله بالغة) فلو صغيرة انتظر بلوغها فى المجبوب والعنين لاحتمال أن ترضى بهما بحر وغيره . وأما العقل فغير شرط فيفرق بطلب ولى المجنونة أو من ينصبه القاضى كما فى الفتح ويأتى (قوله غير رتقاء وقرناء) أما هما فلا خيار لهما لتحقق المانع منهما كما مر ، ولأنه لاحق لهما فى الجماع . وفى البحر عن التاترخانية : لو اختلفا فى كونها رتقاء يريها النساء (قوله وغيره عالمة بحاله الخ) أما لو كانت عالمة فلا خيار لها على المذهب كما يأتى ،وكذا لو رضيت به بعد النكاح (قوله ولو المجبوب صغيرا) قيد بالمجبوب لأن العنين لو كان صغيرا ينتظر باوغه كما مر ،وشمل إطلاقه المجنون بالنون. ففى البحر عن الفتح: لو كان أحدهما مجنونا فإنه لايؤخر إلى عقله فى الجب والعنة لعدم الفائدة ويفرق بينهما فى الحال فى الجب وبعد التأجيل فى العنين لأن الجنون لايعدم الشهوة اه .

قال فى النهر :ولو كان يجن ويفيق هل تنتظر إفاقته ؟ لم أر المسألة . والذى ينبغى أن يقال : إن كان هوالزوج لاينتظر ،وفى الزوجة تنتظر لجواز رضاهابه إذا هى أفاقت كما لو كانت غير بالغة اه . وصحح فى البدائع أن المجنون لايؤجل لأنه لايملك الطلاق ، لكن فى البحر عن المعراج : ويؤهل الصبى هنا للطلاق فى مسألة الجب لأنه مستحق عليه كما يؤهل ليعتق القريب ، ومنهم من جعله فرقة بغير طلاق ، والأول أصح اه .

[تتمة] لو اختلفا فى كونه مجبوبا ، فإن كان لايعرف بالمس من وراء الثياب أمر القاضى أمينا أن ينظر إلى عورته فيخبر بحاله لأنه يباح عند الضرورة خانية (قوله لحصول حقها بالوطء مرة) وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لاقضاء بحر عن جامع قاضيخان ، ويأثم إذا ترك الديانة متعنتا مع القدرة على الوطء ط (قوله ولم تعلم) أى وقت العقد ، وقيد به ليثبت الخيار لها (قوله فادعاه ثبت نسبه) الذى فى التاترخانية : وأثبت القاضى نسبه ، فلو أتى بالعطف لزالت الركاكة . قال ط : وإنما قيد بالدعوى لدفع مايتوهم أنه لما ادعاه وسلمت دعواه صريحا يسقط حقها ، وإلا فثبوت النسب منه لايتوقف على الدعوى كما تفيده عبارة الهندية اه .

قلت : وهو مفاد مانذكره قريبا عن التاترخانية . وفى عدة البحر عن كافى الحاكم : والخصى كالصحيح

ثم علمت فلها الفرقة تاترخانية ؛ ولو ولدت (بعد التفريق إلى سنتين ثبت نسبه) لإنزاله بالسحق (والتفريق) باق (بحاله) لبقاء جبه (ولو) كان (عنينا بطل التفريق) لزوال عنته بثبوت نسبه كما يبطل التفريق بالبينة على إقرارها بالوصول قبل التفريق لا بعده للتهمة فسقط نظر الزيلعي .

(ولو وجدته عنينا) هو من لا يصل إلى النساء لمرض أو كبر أو سحر ويسمى المعقود وهبائية (أو خصيا) لا ينتشر ذكره ، فإن انتشر لم تخير بحر ، وعليه فهو من عطف الخاص على العام لخفائه وإن كان بأو لأن الفقهاء

فى الولد والعدة ، وكذا المجبوب إذا كان ينزل وإلا لم يلزمه الولد فكان بمنزلة الصبى فى الولد والعدة (قوله ثبت نسبه) أى إذا خلا بها . قال فى التاترخانية : ولو كان الزوج مجبوبا ففرق القاضى بينهما فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الفرقة لزمه الولد خلا بها أو لم يخل ، وهذا عند أبى يوسف . وقال أبو حنيفة : يلزمه إلى سنتين إذا خلا بها والفرقة ماضية بلا خلاف (قوله قبل التفريق) متعلق بإقرارها (قوله لا بعده) أى لا يبطل التفريق لو أقرت بعده إن كان وصل إليها بحر فلا حاجة إلى إقامة الزوج البينة هنا فافهم (قوله للتهمة) أى باحتمال كذبها بل هى به متناقضة فتح (قوله فسقط نظر الزيلعى) هو أن الطلاق وقع بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بثبوت النسب ألا ترى أنها لو أقرت بعد التفريق أنه كان قد وصل إليها لا يبطل التفريق اهـ . وجوابه أن ثبوت النسب من المجبوب باعتبار الإنزال بالسحق ، والتفريق بينهما باعتبار الجب وهو موجود ، بخلاف ثبوته من العنين فإنه يظهر به أنه ليس بعنين والتفريق باعتباره ، بخلاف ما استشهد به من إقرارها فإنها متهمة فى إبطال القضاء لاحتمال كذبها فظهر أن البحث بعيد كما فى فتح القدير بحر .

قلت : لكن قد يقر به أن النسب يثبت من العنين مع بقاء عنته بالسحق أيضا أو بالاستدخال فلا يلزم زوال عنته به ، اللهم إلا أن يقال وجود الآلة دليل على أن الولد حصل بالوطء لأنه الأصل الغالب فلا ينظر إلى النادر بلا ضرورة (قوله ولو وجدته) أى لو وجدت المرأة الحرة غير الرتقاء كما مر فى زوجة المجبوب زوجها ولو معتوها فيؤجل بحضرة خصم عنه كما فى البحر ، ويشترط لتأجيله فى الحال كونه بالغا أو مراهقا ، وكونه صحيحا وغير متلبس بإحرام كما سيأتى ؛ وشمل ما لو وصل إليها ثم أبانها ثم تزوجها ولم يصل إليها فى النكاح الثانى لتجدد حق المطالبة بكل عقد كما فى البحر (قوله عنينا) ومثله الشكاز كما مر (قوله هو من لا يصل إلى النساء الخ) هذا معناه لغة ، وأما معناه الشرعى المراد هنا : فهو من لا يقدر على جماع فرج زوجته مع قيام الآلة لمرض به كما مر ، فالأولى حذف هذه الجملة كما أفاده ط (قوله لمرض) أى مرض العنة : وهو ما يحدث فى خصوص الآلة مع صحة الجسد فلا ينافى ما يأتى من أن المريض لا يؤجل حتى يصح ، لأن المراد به المرض المضعف للأعضاء حتى حصل به فتور فى الآلة تأمل (قوله أو سحر) زاد فى العناية أو ضعف فى أصل خلقته أو غير ذلك .

مطلب لفك المسحور والمربوط

[فائدة] نقل ط عن تبيين المحارم عن كتاب وهب بن منبه أنه مما ينفع للمسحور والمربوط أن يؤتى بسبع ورقات سدر خضر وتدق بين حجرين ثم تمزج بماء ويحسو منه ويغتسل بالباقى فإنه يزول بإذن الله تعالى (قوله أو خصيا) بفتح الخاء : من نزع خصيتاه وبقى ذكره فعيل بمعنى مفعول والجمع خصيات مصباح (قوله وعليه الخ) أى على التقييد بقوله لا ينتشر ، والمراد الجواب عن اعتراض البحر بأنه لا حاجة إلى عطفه على العنين لدخوله فيه

يتسامحون فى ذلك نهر (أجل سنة) لاشتمالها على الفصول الأربعة ، ولا عبرة بتأجيل غير قاضى البلدة (قمرية) بالأهلة على المذهب وهى ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وبعض يوم ، وقيل شمسية بالأيام وهى أزيد بأحد عشر يوما ، قيل وبه يفتى ، ولو أجل فى أثناء الشهر فبالأيام إجماعا (ورمضان وأيام حيضها منها)

مطلب فى عطف الخاص على العام

فأجاب بأنه من عطف الخاص على العام ، لكن لابد له من نكتة كما فى عطف جبريل على الملائكة لزيادة شرفه ، وبينها بقوله لخفائه : أى خفاء دخوله فيه بسبب تسميته باسم خاص . ولما كان المشهور فى عطف الخاص على العام اختصاصه بالواو وبحتى كما فى : مات الناس حتى الأنبياء دون أو ، أجاب بأنه تسامح للفقهاء ، والتسامح استعمال كلمة مكان أخرى لا لعلاقة وقرينة ، لكن فيه أنه وقع بأو فى الحديث الصحيح « ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها » وجوزه بعض المحققين بثم أيضا كما فى حديث « وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ثم ليرح ذبيحته ، وليحد شفرته » (قوله لاشتمالها على الفصول الأربعة) لأن الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية ، فإن كان من علة معترضة ، فإما عن غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الأربعة .

مطلب فى طبائع فصول السنة الأربعة

فالصيف حار يابس . والخريف بارد يابس ، وهو أردأ الفصول . والشتاء بارد رطب . والربيع حار رطب فإن كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه فى الفصل المضادّ فيه ، أو من كيفيتين فيتم فى مجموع فصلين مضادين ، فكانت السنة تمام مايتعرف به الحال ، فإذا مضت ولم يصل عرف أنه بآفة أصلية ، وفيه نظر ، إذ قد يمتد سنين بآفة معترضة كالمسحور .

فالحق أن التفريق إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو للآفة الأصلية ، ومضى السنة موجب لذلك ، أو هو عدم إيفاء حقها ، والسنة جعلت غاية فى الصبر وإبلاء العذر شرعا ، وتمامه فى الفتح (قوله ولا عبرة بتأجيل غير قاضى البلدة) لأن هذا مقدمة أمر لايكون إلا عند القاضى وهو الفرقة فكذا مقدمته ولوالجية ، فلا يعتبر تأجيل المرأة ولا تأجيل غيرها بحر عن الخانية ، ولايعتبر تأجيل غير الحاكم كائنا من كان فتح ، وظاهره ولو محكما تأمل . وفى البحر : ولو عزل القاضى بعد ماأجله بنى المولى على التأجيل الأول (قوله بالأهلة على المذهب) وجهه أن الثابت عن الصحابة كعمر وغيره اسم السنة ، وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة ، فإذا أطلقوا السنة انصرفوا إلى ذلك مالم يصرحوا بخلافه فتح (قوله وبعض يوم) هو ثمان ساعات وثمان وأربعون دقيقة قهستانى وذلك ثلث يوم وثلث عشر يوم (قوله وقيل شمسية) اختاره شمس الأئمة السرخسى وقاضيخان وظهير الدين ، وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة فتح . وعن محمد أن الاعتبار للعددية وهى ثلثمائة وستون يوما قهستانى (قوله وهى أزيد بأحد عشر يوما) أى وخمس ساعات وخمس وخمسين دقيقة أو تسع وأربعين دقيقة ، وتمامه فى القهستانى (قوله فبالأيام إجماعا) ظاهر إطلاقه اعتبار السنة العددية كل شهر ثلاثون يوما وأنه لايكمل الأول ثلاثين من الشهر الأخير ، وباقى الأشهر بالأهلة كما هو قول الصاحبين فى الإجارة ، وقد أجروا هذا الخلاف بين الإمام وصاحبيه فى العدة ، وبعضهم ذكر أن المعتبر فيها الأيام إجماعا وأن الخلاف إنما هو فى الإجارة وهو مقتضى إطلاق المصنف هناك (قوله وأيام حيضها) وكذا نفاسها ط عن البحر ، لكنى لم أره فى البحر فلتراجع نسخة أخرى (قوله منها)

وكذا حجه وغيبته (لامدة) حجها وغيبتها و (مرضه ومرضها) مطلقا به ، يفتى ولوالجية .

ويؤجل من وقت الخصومة مالم يكن صبيا أو مريضاً أو محرما ، فبعد بلوغه وصحته وإحرامه ؛ ولو مظاهرا لايقدر على العتق أجل سـنة وشهرين (فإن وطئ) مرة فبها (وإلا بانت بالتفريق) من القاضى إن أبى طلاقها (بطلبها) يتعلق بالجميع ، فيعم امرأة المجبوب كما مر ولو مجنونة بطلب وليها

أى يحتسب عليه من السنة ولا يعوّض عليه بدله (قوله وكذا حجه وغيبته) لأن العجز جاء بفعله ، ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة فتح .

ولا يقال يعذر على القول بوجوب الحج فورا وعدم إمكان إخراجها معه لأن الحج حق الله تعالى فلا يسقط به حق العبد تأمل (قوله لامدة حجها وغيبتها) أى لاتحتسب عليه ، لأن العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض ، وكذا لو حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء إلى السجن ، فإن لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه فتح (قوله ومرضه ومرضها) أى مرضا لايستطيع معه الوطء وعليه الفتوى قهستانى عن الخزانة (قوله مطلقا) أى سواء كان شهرا أو دونه أو أكثر كما يعلم بمراجعة كلام الولوالجية . قال فى البحر : وصحح فى الخانية أن الشهر لايحتسب بل مادونه . وفى المحيط : أصح الروايات عن أبى يوسف أن مازاد على نصف الشهر لايحتسب اه فافهم ولا يصح أن يدخل تحت الإطلاق أن يستطيع معه الوطء أو لا فإنه لاوجه لعدم احتساب أيام المرض التى يمكنه فيها الوطء ، لأن ذلك تقصير منه فكيف يعوض وعليه بدلها فافهم . والظاهر أن قول القهستانى المار وعليه الفتوى مقابل للتفصيل المذكور عن الخانية والمحيط ، فلم يكن فى المسألة اختلاف الفتوى ، بل اختلاف تصحيح فقط فافهم . والظاهر ترجيح ماذكره الشارح لأن لفظ الفتوى آكد ألفاظ الترجيح ، فيقدم على مافى الخانية والمحيط ، وهو أيضاً مقتضى إطلاق المتون كالهداية والملتقى والوقاية وغيرها (قوله مالم يكن صبيا) أى غير قادر على الوطء ، لما فى الفتح عن قاضيخان : الغلام الذى بلغ أربع عشرة سنة إذا لم يصل إلى امرأته ويصل إلى غيرها يؤجل اه تأمل (قوله وإحرامه) كذا عبر فى الخلاصة والفتح ، والأولى إبدال الإحرام بالإحلال كما وقع فى البدائع (قوله أجل سنة وشهرين) الأولى أجل سنة بعد شهرين أى لأجل الصوم .

وفى الفتح : ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة إن كان قادرا على الإعتاق ، وإن كان عاجزا أمهله شهرى الكفارة ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين ، ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت إلى ذلك ولم يزد على المدة اه وينبغى أنه لو رافعته فى رمضان أن يمهله رمضان وشهرين بعده لأنه لايمكنه صوم الكفارة فيه (قوله فبها) أى فبالقضية المطلوبة أتى (قوله وإلا بانت بالتفريق) لأنها فرقة قبل الدخول حقيقة ، فكانت بائنة ولها كمال المهر وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة بحر (قوله من القاضى إن أبى طلاقها) أى إن أبى الزوج لأنه وجب عليه التسريح بالإحسان حين عجز عن الإمساك بالمعروف ، فإذا امتنع كان ظالما فناب عنه وأضيف فعله إليه ، وقيل يكفى اختيارها نفسها ولا يحتاج إلى القضاء كخيار العتق ، قيل وهو الأصح كذا فى غاية البيان ، وجعل فى المجمع الأول قول الإمام والثانى قولهما نهر . وفى البدائع عن شرح مختصر الطحاوى أن الثانى ظاهر الرواية ، ثم قال : وذكر فى بعض المواضع أن ماذكر فى ظاهر الرواية قولهما (قوله بطلبها) أى طلبا ثانياً ، فالأول للتأجيل والثانى للتفريق ، وطلب وكيلها عند غيبتها كطلبها على خلاف فيه ، ولم يذكره محمد بحر (قوله يتعلق بالجميع) أى جميع الأفعال وهى فرق وأجل وبانت ح عن النهر (قوله كما مر) المراد به قوله بطلبها المذكور بعد قوله فرق ح (قوله بطلب وليها) أفاد أنه لايؤخر إلى عقلها لأنه ليس له غاية معروفة بخلاف الصغيرة فإنه

أو من نصبه القاضى (ولو أمة فالخيار لمولاها) لأن الولد له (وهو) أى هذا الخيار (على التراخى) لاالفور ، (فلو وجدته عنينا) أو مجبوباً (ولم تخاصم زمانا لم يبطل حقها) وكذا لو خاصمته ثم تركت مدة فلها المطالبة ولو ضاجعته تلك الأيام خانية (كما لو رفعته إلى قاض فأجله سنة ومضت) السنة (ولم تخاصم زمانا) زيلعى .

(ولو ادعى الوطء وأنكرته ، فإن قالت امرأة ثقة) والثنتان أحوط (هى بكر) بأن تبول على جدار أويدخل فى فرجها مح بيضة (خيرت)

يؤخر إلى بلوغها لاحتمال رضاها به كما مر ، نعم يتجه مابحثه فى النهر من أنها لو كانت تفيق تؤخر كما قدمناه فافهم (قوله أو من نصبه القاضى) أى إن لم يكن لها ولى ينصب لها القاضى خصما عنها كما أفاده فى الفتح (قوله فالخيار لمولاها) أى كما فى العزل . وعند أبى يوسف لها كقوله فى العزل بحر ، والفتوى على الأول ولواجية (قوله لأن الولد له) مقتضى هذا التعليل أنه لو شرط حرية الولد لم يكن الخيار للمولى ، لكن علل فى البدائع بعده بقوله ولأن اختيار الفرقة والمقام مع الزوج تصرف منها على نفسها ، ونفسها وجميع أجزائها ملك المولى ، فكان ولاية التصرف له (قوله أى هذا الخيار) الإشارة إلى الخيار فى هذا الباب : أى خيار زوجة العنين ونحوه ، احترز به عن خيار البلوغ فإنه على الفور ، وحينئذ فيشمل خيار الطلب قبل الأجل وبعده كما هو صريح مافى المتن فافهم .

وفى الفتح : ولا يسقط حقها فى طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الأجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت ، لأن ذلك قد يكون للتجربة وترجى الوصول لاللرضا به فلا يبطل حقها بالشك اه وهذا قبل تخيير القاضى لها ، فلو بعده كان على الفور كما يأتى بيانه فافهم (قوله لم يبطل حقها) أى مالم تقل رضيت بالمقام معه كذا قيده فى التاترخانية عن المحيط هنا ، وفى قوله الآتى كما لو رفعته الخ (قوله ثم تركت مدة) أى قبل المرافعة والتأجيل لئلا يتكرر بما بعده (قوله ولو ادعى الوطء الخ) هذا شامل لما قبل التأجيل وبعده ، لكن قول الشارح الآتى فى مجلسها يعين الثانى كما تعرفه .

والحاصل كما فى الملتقى وغيره أنهما إذا اختلفا فى الوطء قبل التأجيل ، فإن كانت حين تزوجها ثيبا أو بكرا وقال النساء هى الآن ثيب فالقول له مع يمينه ، وإن قلن بكر أجل ، وكذا إن نكل ، وإن اختلفا بعد التأجيل وهى ثيب أو بكر وقلن ثيب ، فالقول له ، وإن قلن بكر أو نكل خيرت اه .

وحاصله كما فى البحر أنها لو ثيبا فالقول له بيمينه ابتداء وانتهاء ، فإن نكل فى الابتداء أجل وفى الانتهاء تخير للفرقة ، ولو بكرا أجل فى الابتداء ويفرق فى الانتهاء (قوله ثقة) يشير إلى مافى كافى الحاكم من اشتراط عدالتها تأمل (قوله والثنتان أحوط) وفى البدائع أوثق ، وفى الاسبيجابى أفضل بحر (قوله بأن تبول الخ) قال فى الفتح : وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع يعنى المرأة فى فرجها أصغر بيضة للدجاج ، فإن دخلت من غير عنف فهى ثيب وإلا فبكر أو تكسر وتسكب فى فرجها ، فإن دخلت فثيب وإلا فبكر ، وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب اه وتعبيره فى الثالث بقيل مشير إلى ضعفه ، ولذا قال القهستانى وفيه تردد ، فإن موضع البكارة غير المبال اه (قوله أو يدخل الخ) بالبناء للمجهول أى يمتحن بإدخال ذلك ، فإن لم يدخل فهى بكر ، والأظهر مافى بعض النسخ أو لايدخل بلا النافية (قوله مح بيضة) المح بالضم وبالحاء المهملة : خالص كل شىء وصفرة البيض كالمحة أو مافى البيض كله قاموس (قوله خيرت) أى يكون القول قولها ويخيرها القاضى . قال فى النهر : وظاهر كلامه أنها لاتستحلف اه .

قلت : صرح به فى البدائع عن شرح الطحاوى معللا بأن البكارة فيها أصل وقد تفوت بشهادتهن . قال فى الفتح

فى مجلسها (وإن قالت هى ثيب) أو كانت ثيباً (صدق بحلفه) فإن نكل فى الابتداء أجل وفى الانتهاء خيرت (كما) يصدق (لو وجدت ثيبا وزعمت زوال عذرتها بسبب آخر غير وطئه كأصبعه مثلا) لأنه ظاهر والأصل عدم أسباب أخطر معراج (وإن اختارته) ولو دلالة (بطل حقها ؛ كما لو) وجد منها دليل إعراض بأن (قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى) أو قام القاضى (قبل أن تختار شيئا) به يفتى واقعات لإمكانه مع القيام ، فإن اختارت طلق أو فرق القاضى (تزوج) الأولى أو امرأة (أخرى عالمة بحاله لاخيار لها على المذهب) المفتى به بحر عن المحيط خلافا لتصحيح الخانية .

وإذا اختارت نفسها أمره القاضى أن يطلقها ، فإن أبى فرق بينهما (قوله فى مجلسها) قال فى البحر : وعليه الفتوى كما فى المحيط والواقعات . وفى البدائع : ظاهر الرواية أنه لايتوقف على المجلس اهـ ومشى على الأول فى الفتح .

هذا ثم اعلم أن مامر من أن خيارها على التراخى لاعلى الفور لا ينافى ماهنا ، لأن مامر إنما هو فى الخيار قبل التأجيل أو بعده قبل المرافعة ، وتخيير القاضى لها وماهنا فيما بعد التأجيل والمرافعة ثانيا ، يعنى أنها إذا وجدته عنينا فلها أن ترفعه إلى القاضى ليؤجله سنة ؛ وإن سكت مدة طويلة ، فإذا أجله ومضت السنة فلها أن ترفعه ثانيا إلى القاضى ليفرق بينهما ؛ وإن سكتت بعد مضى السنة مدة طويلة قبل المرافعة ثانيا ، فإذا رفعته إليه وثبت عدم وصوله إليها خيرها القاضى ، فإن اختارت نفسها فى المجلس أمره القاضى أن يطلقها . قال فى البدائع : فإن خيرها القاضى فأقامت معه مطاوعة فى المضاجعة وغير ذلك كان دليل الرضا به ، ولو فعلت ذلك بعد مضى الأجل قبل تخيير القاضى لم يكن ذلك رضا .

وذكر الكرخى عن أبى يوسف أنه إذا خيرها الحاكم فقامت عن مجلسها قبل أن تختار أو قام الحاكم أو أقامها عن مجلسها أعوانه ولم تقل شيئا فلا خيار لها . وذكر القاضى أنه لايقتصر على المجلس فى ظاهر الرواية اهـ ملخصا فهذا صريح فيما قلنا من أن الخيار الثابت لها قبل تخيير القاضى على التراخى ولايبطل بمضاجعتها له ؛ وأما بعد تخيير القاضى فيبطل بالمضاجعة ونحوها ، وكذا بقيامها عن المجلس قبل اختيار التفريق على ماعليه الفتوى ، هكذا فهمته قبل أن أرى النقل ، ولله تعالى الحمد فافهم (قوله أو كانت ثيبا) أى حين تزوجها وهو عطف على قالت (قوله صدق بحلفه) أى على أنه وطئها لأنه منكر استحقاق الفرقة والأصل والسلامة (قوله فى الابتداء) أى قبل التأجيل (قوله لأنه ظاهر) أى أن الظاهر زوال عذرتها بالوطء وزوالها بسبب آخر خلاف الأصل .

بقى لو أقر بأنه أزالها بأصبعه وادعى أنه صار قادرا على وطئها ووطئها فهل يبقى خيارها أم لا ؟ والظاهر الثانى لحصول المقصود وإن كان يمنع عن ذلك ، لما فى أحكام الصفار : من الجنايات أن الزوج لو أزال عذرة الزوجة بالأصبع لايضمن ويعزر اهـ (قوله وإن اختارته) أى بعد تمام السنة وتخيير القاضى لها بقرينة مابعده ، أما قبل تخيير القاضى فإنه لا يبطل حقها قبل التأجيل أو بعده مالم ترض صريحا ولا يتقيد بالمجلس كما مر تحريره (قوله ولو دلالة) أى بتأخير الاختيار إلى أن قامت أو أقيمت عناية ، ومثله فى البحر والنهر (قوله كما لو وجد منها دليل إعراض الخ) بيان للاختيار دلالة كما علمت ، فإن دليل الإعراض عن التفريق دليل اختيارها الزوج (قوله لإمكانه) أى الاختيار (قوله أو فرق القاضى) أى إذا لم يطلق الزوج (قوله عالمة بحاله) قيد فى قوله أو امرأة أخرى ، وأما الأولى فمعلوم أنها عالمة بحاله اهـ ح وكأنه حمل الأولى على التى اختارت فرقته وهو غير لازم لصدقها على من طلقها قبل علمها بحاله كما أفاده ط (قوله خلافا لتصحيح الخانية) حيث قال فرق بين العنين وامرأته ثم تزوج بأخرى تعلم بحاله اختلفت الروايات ، والصحيح أن للثانية حق الخصومة لأن الإنسان قد يعجز عن امرأة

(ولا يتخير أحدهما) أى الزوجين (بعيب الآخر) فاحشا كجنون وجذام وبرص ورتق وقرن ، وخالف الأئمة الثلاثة فى الخمسة لو بالزوج ، ولو قضى بالرد صح فتح .

(ولو تراضيا) أى العنين وزوجته (على النكاح) ثانياً (بعد التفريق صح) وله شق رتق أمته وكذا زوجته ، وهل تجبر ؟ الظاهر : نعم ، لأن التسليم الواجب عليها لايمكنه بدونه نهر .

قلت : وأفاد البهنسى أنها لو تزوجته على أنه حر أو سنى أو قادر على المهر والنفقة فبان بخلافه ، أو على أنه فلان بن فلان فإذا هو لقيط أو ابن زنا كان لها الخيار فليحفظ .

ولا يعجز عن غيرها اه ح . واستظهر الرحمتى مافى الخانية بأن عجزه عن الوصول إلى الأولى قد يكون لسحره عنها فقط .

قلت : ووجه المفتى به أنه بعد علمها بتحقق عجزه وعدم علمها بأن عجزه مختص بالأولى تكون راضية به وطمعها فى وصوله إليها يؤكد رضاها به (قوله ولايتخير الخ) أى ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب فى الآخر عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو قول عطاء والنخعى وعمر بن عبد العزيز وأبى زياد وأبىقلابة وابن أبى ليلى والأوزاعى والثورى والخطابى وداود الظاهرى وأتباعه . وفى المبسوط أنه مذهب على وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم فتح (قوله وجذام) هو داء يتشقق به الجلد وينتن ويقطع اللحم قهستانى عن الطلبة (قوله وبرص) هو بياض فى ظاهر الجلد يتشاءم به قهستانى (قوله ورتق) بالتحريك : انسداد مدخل الذكر كما أفاده فى المصباح (قوله وقرن)كفلس : لحم ينبت فى مدخل الذكر كالغدة ، وقد يكون عظما مصباح . ونقل الخير الرملى عن شرح الروض للقاضى زكريا أن الفتح على إرادة المصدر والإسكان على إرادة الاسم ، إلا أن الفتح أرجح لكونه موافقا لباقى العيوب فإنها كلها مصادر ، هذا هو الصواب . وأما إنكار بعضهم على الفقهاء فتحه وتلحينه إياهم فليس كما ذكر اه (قوله لو بالزوج) فى العبارة خلل فإنها تقتضى عدمخيار الزوج عندهم إذاكانت هذه الخمسة فى الزوجة والواقع خلافه . والظاهر أن أصلها : وخالف الأئمة الثلاثة فى الخمسة مطلقا ، ومحمد فى الثلاثة الأول لو بالزوج كما يفهم من البحر وغيره اه ح .

قلت : وفى نسخة : وعند محمد لو بالزوج ، لكن يرد عليها أن الرتق والقرن لايوجدان بالزوج .

هذا ، وقد تكفل فىالفتح برد مااستدل به الأئمة الثلاثة ومحمد بما لامزيد عليه (قوله ولو قضى بالرد صح) أى لو قضى به حاكم يراه فأفاد أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد ، وهذه المسألة ذكرها فى البحر ولم أرها فى الفتح (قوله صح) إلا رواية عن أحمد أنهما لايجتمعان كتفرقة اللعان ، وهذا باطل لاأصل له بحر عن المعراج (قوله وكذا زوجته) أى له شق رتقها ، لكن هذه العبارة غير منقولة وإنما المنقول قولهم فى تعليل عدم الخيار بعيب الرتق لإمكان شقه ، وهذا يدل علىأن له ذلك ولذا قال فىالبحر بعد نقله التعليل المذكور ، ولكن مارأيت هل يشق جبرا أم لا (قوله لأن التسليم الواجب الخ) فيه أنه لايلزم من وجوبه ارتكاب هذه المشقة ، فقد سقط القيام فى الصلاة للمشقة وسقط الصوم عن المرضع إذا خافت على نفسها أو ولدها ونظائره كثيرة . وقد يفرق بأن هذا واجب له مطالب من العباد ط (قوله لها الخيار) أى لعدم الكفاءة . واعترضه بعض مشايخ مشايخنا بأن الخيار للعصبة .

قلت : وهو موافق لما ذكره الشارح أول باب الكفاءة من أنها حق الولى لاحق المرأة لكنحققنا هناك أن الكفاءة حقهما ، ونقلنا عن الظهيرية : لو انتسب الزوج لها نسبا غير نسبه فإن ظهر دونه وهو ليس بكفء فحق الفسخ

باب العدة

(هى) لغة بالكسر الإحصاء ، وبالضم الاستعداد للأمر . وشرعا تربص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه ،

ثابت للكل ، وإن كان كفؤا فحق الفسخ لها دون الأولياء ، وإن كان ماظهر فوق ماأخبر فلا فسخ لأحد . وعن الثانى أن لها الفسخ لأنها عسى تعجز عن المقام معه . وتمامه هناك ، لكن ظهر لى الآن أن ثبوت حق الفسخ لها للتغرير لا لعدم الكفاءة بدليل أنه لو ظهر كفؤا يثبت لها حق الفسخ لأنه غرها ، ولا يثبت للأولياء لأن التغرير لم يحصل لهم وحقهم فى الكفاءة وهى موجودة ، وعليه فلا يلزم من ثبوت الخيار لها فى هذه المسائل ظهوره غير كفء ، والله سبحانه أعلم .

باب العدة

لما ترتبت فى الوجود على الفرقة بجميع أنواعها أوردها عقيب الكل بحر (قوله الإحصاء) يقال : عددت الشىء عدة أحصيته إحصاء ، وتقال أيضا على المعدود فتح . قلت : وفى الصحاح والقاموس وغيرهما : عدة المرأة أيام أقرائها فهو معنى لغوى أيضا (قوله الاستعداد) أى التهيؤ للأمر ، ويقال لما أعددته لحوادث الدهر من مال وسلاح ، نهر ومصباح (قوله وشرعا تربص الخ) أى انتظارا انقضاء المدة بالتزوج ، فحقيقته الترك للتزوج والزينة اللازم شرعا فى مدة معينة شرعا . قالوا : وركنها حرمات تثبت عند الفرقة ، وعليه فينبغى أن يقال فى التعريف هى لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات ، لأنها لزومات ، وإلا فالتربص فعلها ، والحرمات أحكام الله تعالى فلا تكون نفسه ، وتمامه فى الفتح .

قلت : لكن تقدير اللزوم مع قول الشارح كالكنز يلزم المرأة ركيك ، وأى مانع من أن يراد بالتربص الامتناع من التزوج والخروج ونحوهما ، ويكون المراد من الحرمات هذه الامتناعات بدليل أن العدة صفة شرعية قائمة بالمرأة فلا بد أن يكون ركنها قائما بالمرأة ، وعليه فلا حاجة إلى مافى الحواشى السعدية من أنه إذا كان ركنها الحرمات يكون التعريف بالتربص تعريفا باللازم اهـ . وعرفها فى البدائع بأنها أجل تضرب لانقضاء مابقى من آثار النكاح . قال : وعند الشافعى هى اسم لفعل التربص الذى هو الكف .

قلت : وهذا الموافق لما مر عن الصحاح وغيره ، وهو الذى حققه فى الفتح عند قوله : وإذا وطئت المعتدة بشبهة ، وقال : إن الذى يفيده حقيقة كتاب الله تعالى ، وهو قوله سبحانه – فعدتهن ثلاثة أشهر – أنه نفس المدة الخاصة التى تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها ، لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجود الكف ولا التربص اهـ .

ولا يشكل عليه كون الحرمات ركنا ، لأن له منعه ولذا جعلها بعضهم حكم العدة وهو الأظهر على التعريفين. قال فى النهر : وتعريف البدائع شامل لعدة الصغيرة ، بخلاف تعريف المصنف ، وأكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب عليها بل يقولون تعتد ، والوجوب إنما هو على الولى بأن لا يزوجها حتى تنقضى العدة . قال شمس الأئمة : إنها مجرد مضى المدة ، فثبوتها فى حقها لا يؤدى إلى توجيه خطاب الشرع عليها .

فإن قلت : كون مسماها المدة لا يستلزم انتفاء خطاب الولى أن لا يزوجها . قلت : إذا كان كذلك فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم صحة التزوج لو فعل اهـ وهو ملخص من الفتح . والحاصل أن الصغير أهل لخطاب الوضع وهذا منه كما خوطب بضمان المتلفات كما فى البحر (قوله أو الرجل الخ) قال فى الفتح حرمة

ومواضع تربصه عشرون مذكورة فى الخزانة ، حاصلها يرجع إلى أن من امتنع نكاحها عليه لمانع لزم زواله كنكاح أختها وأربع سواها

واصطلاحا (تربص يلزم المرأة) أو ولى الصغيرة (عند زوال النكاح) فلا عدة لزنا (أو شبهته) كنكاح فاسد ومزفوفة لغير زوجها :

تزوجه بأختها لايكون من العدة بل هو حكم عدتها ولا شك أنه معنى كونه هو أيضا فى العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج وهو مضى المدة وهو كذلك فى العدة غير أن اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لابتربصه اه .

مطلب عشرون موضعا يعتدّ فيها الرجل

(قوله عشرون) وهى : نكاح أخت امرأته وعمتها وخالتها ، وبنت أخيها ، وبنت أختها ، والخامسة ، وإدخال الأمة على الحرة ، ونكاح أخت الموطوءة فى نكاح فاسد أو فى شبهة عقد ، ونكاح الرابعة كذلك أى إذا كان له ثلاث زوجات ووطئ أخرى بنكاح فاسد أو شبهة عقد ليس له تزوج الرابعة حتى تمضى عدة الموطوءة ، ونكاح المعتدة للأجنبى أى بخلاف معتدته ونكاح المطلقة ثلاثا أى قبل التحليل ، ووطء الأمة المشتراة أى قبل الاستبراء ، والحامل من الزنا إذا تزوجها أى قبل الوضع ، والحربية إذا أسلمت فى دار الحرب وهاجرت إلينا وكانت حاملا فتزوجها رجل أى قبل الوضع ، والمسبية لاتوطأ حتى تحيض أو يمضى شهر لولا تحيض لصغر أوكبر ونكاح المكاتبة ، ووطؤها لمولاها حتى تعتق أو تعجز نفسها ، ونكاح الوثنية والمرتدة والمجوسية لايجوز حتى تسلم اه بحر موضحا . وقوله والخامسة يحتمل أن يراد به أن من له أربع يمنع عن نكاح الخامسة حتى يطلق إحدى الأربع ، ويحتمل أن يراد أنه لو طلق إحدى الأربع يمنع عن تزوج خامسة مكانها حتى تمضى عدة المطلقة ، وهكذا يقال فى المسائل الخمس التى قبلها ، وكذا فى قوله وإدخال الأمة على الحرة فافهم (قوله لمانع) كحق الغير عقدا أو عدة ، وإدخال الأمة على الحرة ، والزيادة على أربع ، والجمع بين المحارم أو لوجوب تحليل أو استبراء (قوله وأربع سواها) أى تزوج أربع سوى امرأته بعقد واحد (قوله واصطلاحا) أى فى اصطلاح الفقهاء ، وهو أخص من المعنى الشرعى المار ، لما علمت من أن اسم العدة خص بتربصها لابتربصه (قوله أو ولى الصغيرة) بمعنى أنه يجب عليه أن يربصها أى يجعلها متصفة بصفة المعتدات ، لأن العدة صفتها لا صفة وليها ، إذ لايصح أن يقال إذا طلقت أو مات زوجها وجب على وليها أن يعتد وقد مر أنهم يقولون تعتد هى ، والوجوب إنما هو على الولى بأن لايزوجها حتى تنقضى العدة أى مدة العدة تأمل ، والمجنونة كالصغيرة (قوله عند زوال النكاح) أورد عليه أن الرجعى لايزول فيه النكاح إلا بانقضاء العدة ، فالأولى تعريف البدائع المار ، ويندفع عنه إيراد الصغيرة ، إذ ليس فيه ذكر اللزوم ، وأولى منه قول ابن كمال هى اسم لأجل ضرب لانتفاء مابقى من آثار النكاح أو الفراش لشموله عدة أم الولد ط (قوله فلا عدة لزنا) بل يجوز تزوج المزنى بها وإن كانت حاملا ، لكن يمنع عن الوطء حتى تضع وإلا فيندب له الاستبراء ط ، وسيأتى آخر الباب : لو تزوجت امرأة الغير ودخل بها عالما بذلك لايحرم على الزوج وطؤها لأنه زنا (قوله أو شبهته) عطف على زوال لا على النكاح ، لأنه لو عطف عليه لاقتضى أنها لاتجب إلا عند زوال الشبهة وليس كذلك ، كذا فى البحر ، ومراده الرد على الفتح حيث صرح بعطفه على النكاح .

قلت : أى لأن الشبهة التى هى صفة الوطء السابق لاتزول عنه ، إذ لو زالت لوجب به الحد ، نعم إذا أريد زوال منشئها صح عطف أو شبهته على النكاح ، لما سيأتى من أن مبدأ العدة فى النكاح الفاسد بعد التفريق من القاضى

وينبغي زيادة أو شبهه ليشمل عدة أم الولد .

(وسبب وجوبها) عقد (النكاح المتأكد بالتسليم وماجرى مجراه) من موت أو خلوة أى صحيحة ، فلا عدة بخلوة الرتقاء . وشرطها الفرقة . وركنها حرمات ثابتة بها كحرمة تزوج وخروج (وصحة الطلاق فيها) أى فى العدة وحكمها حرمة نكاح أختها . وأنواعها حيض ، وأشهر ، ووضع حمل كما أفاده بقوله (وهى فى) حق (حرة) ولو كتابية تحت مسلم (تحيض لطلاق) ولو رجعيا (أو فسخ بجميع أسبابه ،

بينهما أو المتاركة ، وبذلك يزول منشؤها الذى هو النكاح الفاسد ، وفى الوطء بشبهة عند انتهاء الوطء واتضاح الحال فافهم (قوله زيادة أو شبهه) أى بكسر الشين وسكون الباء أو بفتحهما وكسر الهاءين ثانيتهما ضمير النكاح والشبه المثل (قوله ليشمل عدة أم الولد) لأن لها فراشا كالحرة وإن كان أضعف من فراشها ، وقد زال بالعتق بحر (قوله عقد النكاح) أى ولو فاسدا بحر (قوله بالتسليم) أى بالوطء (قوله وما جرى مجراه) عطف على التسليم والضمير يعود إليه ، والأولى العطف بأو لأن التأكد يكون بأحدهما ، وهذا خاص بالنكاح الصحيح أما الفاسد فلا تجب فيه العدة إلا بالوط كما مر فى باب المهر ، ويأتى .

قلت : ومما جرى مجراه مالو استدخلت منيه في فرجها كما بحثه فى البحر ، وسيأتى فى الفروع آخر الباب (قوله أى صحيحة) فيه نظر ، فإن الذى تقدم فى باب المهر أن المذهب وجوب العدة للخلوة صحيحة أو فاسدة . وقال القدورى : إن كان الفساد لمانع شرعى كالصوم وجبت، وإن كان لمانع حسى كالرتق لاتجب؛ فكلام الشارح لم يوافق واحدا من القولين اهـ .

قلت : يمكن حمله على الثانى بجعل المانع الشرعى كالعدم غير مفسد لها فهى صحيحة معه ، وإنما المفسد المانع الحسى ، ويدل عليه قوله فلا عدة بخلوة الرتقاء (قوله وشرطها الفرقة) أى زوال النكاح أو شبهته كما فى الفتح. قال : فالإضافة فى قولنا عدة الطلاق إلى الشرط (قوله وركنها حرمات) أى لزومات كما مر عن الفتح لانفس التحريم : أى أشياء لازمة للمرأة يحرم عليها تعديها ، وقوله ثابتة بها على تقدير مضاف أى بسببها عند وجود(١) شرطها ، وإلا لزم ثبوت الشىء بنفسه ، لأن ركن الشىء ماهيته تأمل (قوله كحرمة تزوج) أى تزوجها غيره فإنها حرمة عليها ، بخلاف تزوجه أختها أو أربع سواها فإنه حرمة عليه فلا يكون من العدة بل هو حكمها كما أفاده فى الفتح (قوله وخروج) أى حرمة خروجها من منزل طلقت فيه ، وسيأتى باقى الحرمات فى فصل الحداد (قوله وصحة الطلاق فيها) لاوجه لجعله ركنا من العدة بل هو من أحكامها كما مشى عليه فى الدرر ، على أنه لا يتحقق فى عدة البائن بعد البائن ولا فى عدة الثلاث ، فذكره هنا سبق قلم ، والظاهر أنه أراد أن يقول وحكمها حرمات الخ فسبق قلمه إلى قوله وركنها ، ويدل عليه تعبيره بقوله ثابتة بها فإنه يناسب الحكم لا الركن ، وجعل هذه الحرمات أحكاما تبعا لصاحب الدرر وغيره أظهر من جعلها أركانا كما مر فتدبر (قوله وحكمها حرمة نكاح أختها) أى من حكمها ، والمراد بالأخت مايشمل كل ذات رحم محرم منها ، وكثير من المسائل التى يتربص فيها الرجل من حكم العدة ومنه صحة الطلاق فيها كما علمت (قوله ولو كتابية تحت مسلم) لأنها كالمسلمة حرتها كحرتها وأمتها كأمتها بحر ، واحترز عما لو كانت تحت ذمى وكانوا لايدينون عدة كما سيأتى متنا آخر الباب (قوله لطلاق أو فسخ) تقدم فى باب الولى نظما فرق النكاح التى تكون فسخا والتى تكون طلاقا (قوله بجميع أسبابه) مثل الانفساخ بخيار

---

(١) (قوله أى بسببها عند وجود الخ) معناه أن الحرمات المذكورة ثبتت بالسبب المؤثر فى وجوب العدة وهو عقد النكاح الخ وليس معناه أن العدة سبب فى ثبوت تلك الحرمات لئلا يلزم اتحاد السبب والمسبب اهـ .

ومنه الفرقة بتقبيل ابن الزوج نهر (بعد الدخول حقيقة أو حكما) أسقطه فى الشرح، وجزم بأن قوله الآتى إن وطئت راجع للجميع (ثلاث حيض كوامل) لعدم تجزى الحيضة ، فالأولى لتعرف براءة الرحم ، والثانية لحرمة النكاح ، والثالثة لفضيلة الحرية (كذا) عدة (أم ولد مات مولاها أو أعتقها) لأن لها فراشا كالحرة ،

البلوغ ، والعتق ، وعدم الكفاءة ، وملك أحد الزوجين الآخر، والردة فى بعض الصور، والافتراق عن النكاح الفاسد ، والوطء بشبهة فتح ؛ لكن الأخير ليس فسخا .

ويرد على الإطلاق فسخ نكاح المسبية بتباين الدارين، والمهاجرة إلينا مسلمة أو ذمية فإنه لاعدة على واحدة منهما مالم تكن حاملا كما سيذكره المصنف آخر الباب تأمل . وقيد فى الشرنبلالية قوله وملك أحد الزوجين الآخر بما إذا ملكته لإخراج ما إذا ملكها ، لكن ذكر الزيلعى مايخالفه فى فصل الحداد وفى النسب ، ووفق بينهما السيد محمد أبو السعود بأنه إذا ملكها لاعدة عليها له بل لغيره . وأيضا لاعدة عليها له فيما لو ملكته فأعتقته فتزوجته على مايفهم من كلامهم اهـ .

قلت : وفى البحر لو اشترى زوجته بعد الدخول لاعدة عليها له وتعتد لغيره فلا يزوجها لغيره مالم تحض حيضتين ، ولهذا لو طلقها السيد فى هذه العدة لم يقع لأنها معتدة لغيره ولذا تحل له بملك اليمين ، وتمامه فيه (قوله ومنه الفرقة الخ) رد على ابن كمال حيث قال للطلاق أو الفسخ أو الرفع فزاد الرفع ، وقال اعلم أن النكاح بعد تمامه لايحتمل الفسخ عندنا فكل فرقة بغير طلاق قبل تمام النكاح كالفرقة بخيار بلوغ أو عتق أو بعدم كفاءة فسخ وبعد تمامه كالفرقة بملك أحد الزوجين للآخر أو بتقبيل ابن الزوج ونحوه رفع ، وهذا واضح عند من له خبرة فى هذا الفن اهـ . قال فى النهر : وهذا التقسيم لم نر من عرج عليه . والذى ذكره أهل الدار أن القسمة ثنائية ، وأن الفرقة بالتقبيل من الفسخ كما قدمناه (قوله أو حكما) المراد به الخلوة ولو فاسدة كما مر وسيأتى (قوله أسقطه) أى أسقط المصنف قوله بعد الدخول حقيقة أو حكما من متنه الذى شرح عليه ط (قوله راجع للجميع) أى لأنواع المعتدة بالحيض والمعتدة بالأشهر ، ولابد أيضا من ادعاء شموله للوطء الحكمى ليغنى عن قوله أو حكما (قوله ثلاث حيض) بالنصب على الظرفية أى فى مدة ثلاث حيض ليلائم كون مسمى العدة تربصا يلزم المرأة ، والرفع إنما يناسب كون مسماها نفس الأجل إلا أن يكون أطلقها على المدة مجازا كما فى فتح القدير نهر .

[تنبيه] لو انقطع دمها فعالجته بدواء حتى رأت صفرة فى أيام الحيض أجاب بعض المشايخ بأنه تنقضى به العدة كما قدمناه فى باب الحيض عن السراج (قوله لعدم تجزّى الحيضة) علة لكون الثلاث كوامل ، حتى لو طلقت فى الحيض وجب تكميل هذه الحيضة ببعض الحيضة الرابعة ، لكنها لما لم تتجزّ اعتبرنا تمامها كما تقرر فى كتب الأصول درر ، لكن سيأتى فى المتن أنه لااعتبار لحيض طلقت فيه ، ومقتضاه أن ابتداء العدة من الحيضة التالية له ، وهو الأنسب لعدم التجزى لتكون الثلاث كوامل (قوله فالأولى الخ) بيان لحكمة كونها ثلاثا مع أن مشروعية العدة لتعرف براءة الرحم أى خلوّه عن الحمل وذلك يحصل بمرة فبين أن حكمة الثانية لحرمة النكاح أى لإظهار حرمته ، واعتباره حيث لم ينقطع أثره بحيضة واحدة فى الحرة والأمة ، وزيد فى الحرة ثالثة لفضيلتها (قوله كذا) أى كالحرة فى كون عدتها ثلاث حيض كوامل إذا كانت ممن تحيض درر وغيرها (قوله لأن لها فراشا) أى وقد وجبت العدة بزواله فأشبه عدة النكاح ، ثم إمامنا فيه عمر رضى الله عنه ؛ فإنه قال : عدة أم الولد ثلاث حيض كذا فى الهداية ، ولأن لها فراشا يثبت نسب ولدها منه بالسكوت لكنه أضعف من فراش الحرة ، ولذا ينتفى النسب بمجرد النفى بلا لعان .

مالم تكن حاملا أو آيسة أو محرمة عليه ، ولو مات مولاها وزوجها ولم يدر الأول تعتد بأربعة أشهر وعشر أو بأبعد الأجلين بحر . ولا ترث من زوجها لعدم تحقق حريتها يوم موته . ولا عدة على أمة ومدبرة كان يطؤها لعدم الفراش جوهرة (و) كذا (موطوءة بشبهة) كمزفوفة لغير بعلها (أو نكاح فاسد)

مطلب حكاية شمس الأئمة السرخسي

حكى أن شمس الأئمة لما أخرج من السجن زوّج السلطان أمهات أولاده من خدامه الأحرار ، فاستحسنه العلماء ، وخطأه شمس الأئمة بأن تحت كل خادم حرة ، وهذا تزوج الأمة على الحرة فقال السلطان أعتقهن وأجدد العقد فاستحسنه العلماء ، وخطأه شمس الأئمة بأن عليهن العدة بعد الإعتاق . وقيل إن هذا كان سبب حبسه ، وأن القاضي أغراه عليه وأن الطلبة لما لم تمتنع عنه منعوا عنه كتبه فأملى المبسوط من حفظه (قوله مالم تكن حاملا) فإن كانت فعدتها الوضع بحر (قوله أو آيسة) فإن كانت فعدتها ثلاثة أشهر بحر (قوله أو محرمة عليه) فلا عدة لزوال فراشه قهستاني . وأسباب الحرمة عليه ثلاث : نكاح الغير وعدته وتقبيل ابن المولى ، فلا عدة عليها بموت المولى أو إعتاقه بعد تقبيل ابنه كما فى الخانية بحر (قوله ولو مات مولاها وزوجها الخ) أى بعد ماأعتقها مولاها .

واعلم أن هذه المسألة على ثلاثة أوجه :

الأول أن يعلم أن بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر ، لأن المولى إن كان قد مات أولا ثم مات الزوج وهى حرة فلا يجب بموت المولى شيء وتعتد للوفاة عدة الحرة ، وإن كان الزوج مات أولا وهى أمة لزمها شهران وخمسة أيام ، ولا يلزمها بموت المولى شيء لأنها معتدة الزوج ، ففى حال يلزمها أربعة أشهر وعشر ؛ وفى حال نصفها فلزمها الأكثر احتياطا ، ولا تنتقل عدتها على احتمال الثانى لما قدمنا أنها لاتنتقل فى الموت .

الثانى أن يعلم أن بين موتيهما شهرين وخمسة أيام أو أكثر ، فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض احتياطا ، لأن المولى إن كان مات أولا لم تلزمها عدته لأنها منكوحة ، وبعد موت الزوج يلزمها أربعة أشهر وعشر لأنها حرة وإن مات الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ، وقد انقضت عدتها منه لأنها مصورة أن بينهما هذه المدة أو أكثر ، فموت المولى بعده يوجب عليها ثلاث حيض فيجمع بينهما احتياطا .

الثالث أن لايعلم كم بين موتيهما ولا الأول منهما فكالأول عنده وكالثانى عندهما ، كذا فى المعراج وغيره بحر. وتوجيه الثالث مذكور فى ح عن البحر فراجعه . وفى كلام الشارح إشارة إلى هذه الأوجه الثلاثة ، فأشار إلى الأول والثالث بقوله تعتد بأربعة أشهر وعشر وإلى الثالث عندهما بقوله أو بأبعد الأجلين (قوله ولا عدة على أمة وأم ولد(١)) أى إذا مات مولاهما أو أعتقهما إجماعا بحر ، وهذا محترز قول المصنف كذا أم ولد (قوله وكذا موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد) أى عدة كل منهما ثلاث حيض ، وسيذكر المصنف هذه المسألة مرة ثانية ويأتى الكلام عليها .

---

(١) (قول المحشى وأم ولد) صوابه ومدبرة كما هى عبارة الشارح اه .

كمؤقت (فى الموت والفرقة) يتعلق بالصورتين معا (و) العدة (فى) حق (من لم تحض) حرة أم أم ولد (لصغر) بأن لم تبلغ تسعا (أو كبر)

مطلب حكاية أبى حنيفة فى الموطوءة بشبهة

[لطيفة] حكى فى المبسوط أن رجلا زوج ابنيه بنتين فأدخل النساء زوجة كل أخ على أخيه ، فأجاب العلماء بأن كل واحد يجتنب التى أصابها وتعتد لتعود إلى زوجها . وأجاب أبو حنيفة رحمه الله تعالى بأنه إذا رضى كل واحد بموطوءته يطلق كل واحد زوجته ويعقد على موطوءته ويدخل عليها للحال لأنه صاحب العدة ففعلا كذلك ورجع العلماء إلى جوابه (قوله فى الموت) إنما تجب عدة الوفاة لأنها إنما تجب لإظهار الحزن على زوج عاشرها إلى الموت ولا زوجية هنا بحر (قوله يتعلق بالصورتين معا) أى إن قوله فى الموت والفرقة مرتبط بصورتى الموطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد (قوله والعدة فى حق من لم تحض) شروع فى النوع الثانى من أنواع العدة وهو العدة بالأشهر وهو معطوف على قوله وهى فى حق حرة تحيض (قوله حرة أم أم ولد) أى لافرق بينهما فيما سيأتى من أن عدة كل منهما ثلاثة أشهر ، وهذا فى أم الولد إذا مات مولاها أو أعتقها ، أما إذا كانت منكوحة فعدتها نصف ماللحرة فى الموت أو الطلاق سواء كانت ممن تحيض أولا كما يعلم مما سيأتى . ثم إن أم الولد لاتكون إلا كبيرة ، فقوله أصغر خاص بالحرة ، وقوله أو كبر شامل لهما كما لايخفى فافهم (قوله بأن لم تبلغ تسعا) وقيل سبعا بتقديم السين على الباء الموحدة .

مطلب فى عدة الصغيرة المراهقة

وفى الفتح : والأول أصح ، وهذا بيان أقل سن يمكن فيه بلوغ الأنثى ، وتقييده بذلك تبعا للفتح والبحر والنهر لايعلم منه حكم من زاد سنها على ذلك ولم تبلغ بالسن وتسمى المراهقة ، وقد ذكر فى الفتح أن عدتها أيضا ثلاثة أشهر ، فلو أطلق الصغيرة وفسرها بمن لم تبلغ بالسن لشمل المراهقة ومن دونها ، وهى من لم تبلغ تسعا .

وقد يقال : مراده إخراج المراهقة اختيارا لما ذكره فى البحر بقوله وعن الإمام الفضلى أنها إذا كانت مراهقة لاتنقضى عدتها بالأشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا ، فإن ظهر حبلها اعتدت بالوضع وإلا فبالأشهر . قال فى الفتح : ويعتد بزمن التوقف من عدتها لأنه كان ليظهر حالها فإذا لم يظهر كان من عدتها اه .

قلت : يعنى إذا ظهر عدم حبلها يحكم بمضى العدة بثلاثة أشهر مضت ويكون زمن التوقف بعدها لغوا حتى لو تزوجت فيه صح عقدها .

وفى نفقات الفتح فرع : فى الخلاصة عدة الصغيرة ثلاثة أشهر إلا إذا كانت مراهقة فينفق عليها مالم يظهر فراغ رحمها ، كذا فى المحيط اه من غير ذكر خلاف وهو حسن اه كلام الفتح ؛ لكن ينبغى الإفتاء به احتياطا قبل العقد بأن لايعقد عليها إلا بعد التوقف ، لكن لم يذكروا مدة التوقف التى يظهر بها الحمل . وذكر فى الحامدية عن بيوع البزازية أنه يصدق فى دعوى الحبل فى رواية إذا كان من حين شرائها أربعة أشهر وعشر لاأقل ، وفى رواية بعد شهرين وخمسة أيام وعليه عمل الناس اه ومشى فى الحامدية على الأخيرة ، وفيه نظر لأن المراد فى مسألتنا التوقف بعد مضى ثلاثة أشهر ، فالأولى الأخذ بالرواية الأولى ، فإذا مضت أربعة أشهر وعشر ولم يظهر الحبل

بأن بلغت سن الإياس (أو بلغت بالسن) وخرج بقوله (ولم تحض) الشابة الممتدة بالطهر بأن حاضت ثم امتد طهرها ، فتعتد بالحيض إلى أن تبلغ سن الإياس جوهرة وغيرها ، وما فى شرح الوهبانية من انقضائها بتسعة أشهر غريب مخالف لجميع الروايات فلا يفتى به .

كيف وفى نكاح الخلاصة : لو قيل لحنفى ما مذهب الإمام الشافعى فى كذا وجب أن يقول قال أبو حنيفة كذا ، نعم لو قضى مالكى بذلك نفذ كما فى البحر والنهر ، وقد نظمه شيخنا الخير الرملى سالما من النقد فقال :

لممتدة طهرا بتسعة أشهر   وفا عدة إن مالكى يقدر

علم أن العدة انقضت من حين مضى ثلاثة أشهر (قوله بأن بلغت سن الإياس) سيأتى تقديره فى المتن ويأتى تمام الكلام عليها (قوله أو بلغت بالسن) أى خمس عشرة سنة ط عن العناية ، ومثلها لو بلغت بالإنزال قبل هذه المدة ، وقوله ولم تحض شامل لما إذا لم تردما أصلا أو رأت وانقطع قبل التمام . قال فى البحر عن التاترخانية بلغت فرأت يوما دما ثم انقطع حتى مضت سنة ثم طلقها فعدتها بالأشهر اهـ وسيذكر الشارح عن البحر أنها إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها ويأتى بيانه (قوله بأن حاضت) أى ثلاثة أيام مثلا (قوله ثم امتد طهرها) أى سنة أو أكثر بحر (قوله من انقضائها بتسعة أشهر) ستة منها مدة الإياس وثلاثة منها للعدة . ورأيت بخط شيخ مشايخنا السائحانى أن المعتمد عند المالكية أنه لابد لوفاء العدة من سنة كاملة تسعة أشهر لمدة الإياس وثلاثة أشهر لانقضاء العدة . قلت : ولذا عبر فى المجمع بالحول .

مطلب فى الإفتاء بالضعيف

(قوله فلا يفتى به) اعترض بأنه قول مالك ، والتقليد جائز بشرط عدم التلفيق كما ذكره الشيخ حسن الشرنبلالى فى رسالة بل ومع التلفيق كما ذكره المنلا ابن فروخ فى رسالة .

قلت : ماذكره ابن فروخ رده سيدى عبد الغنى فى رسالة خاصة ، والتقليد وإن جاز بشرطه فهو للعامل لنفسه لا للمفتى لغيره ، فلا يفتى بغير الراجح فى مذهبه ، لما قدمه الشارح فى رسم المفتى بقوله : وحاصل ماذكره الشيخ قاسم فى تصحيحه أنه لافرق بين المفتى والقاضى إلا أن المفتى مخبر عن الحكم والقاضى ملزم به ، وأن الحكم والفتيا بالقول المرجوح جهل وخرق للإجماع ، وأن الحكم الملفق باطل بالإجماع وأن الرجوع عن التقليد بعد العمل باطل اتفاقا الخ وقدمنا الكلام عليه هناك فافهم (قوله وجب أن يقول الخ) هذا مبنى على قول بعض الأصوليين لا يجوز تقليد المفضول مع وجود الفاضل ، وبنى على ذلك وجوب اعتقاد أن مذهبه صواب يحتمل الخطأ ، وأن مذهب غيره خطأ يحتمل الصواب ؛ فإذا سئل عن حكم لا يجيب إلا بما هو صواب عنده ، فلا يجوز أن يجيب بمذهب الغير وقدمنا فى ديباجة الكتاب تمام الكلام على ذلك (قوله نعم لو قضى مالكى بذلك نفذ) لأنه مجتهد فيه ، وهذا كله رد على مافى البزازية . قال العلامة : والفتوى فى زماننا على قول مالك وعلى مافى جامع الفصولين : لو قضى قاض بانقضاء عدتها بعد مضى تسعة أشهر نفذ اهـ لأن المعتمد أن القاضى لا يصح قضاؤه بغير مذهبه خصوصا قضاة زماننا (قوله لممتدة) بالتنوين ونصب طهرا على التمييز ط (قوله وفاعدة) بقصر وفا للضرورة وهو مبتدأ خبره قوله بتسعة أشهر ، والجملة دليل جواب الشرط الذى هو أن مالكى يقدر يعنى أن حكم القاضى المالكى بتقدير التسعة أشهر لممتدة الطهر كان هذا المقدار عدتها ومن بعده : أى من بعد قضاء القاضى المالكى بهذا المقدار لاوجه لنقض القاضى الحنفى حكمه لأنه فصل مجتهد فيه ، فقضاؤه رفع الخلاف اهـ ح . وفى بعض النسخ : أن مالكى

ومن بعده لاوجه للنقض هكذا يقال بلا نقد عليه ينظر

وأما ممتدة الحيض فالمفتى به كما فى حيض الفتح تقدير طهرها بشهرين ، فستة أشهر للإطهار وثلاث حيض بشهر احتياطا (ثلاثة أشهر) بالأهلة لو فى الغرة وإلا فبالأيام بحر وغيره (إن وطئت) فى الكل ولو حكما كالخلوة ولو فاسدة كما مر ، ولو رضيعا تجب العدة لاالمهر قنية

يقرر بالراء ، لكن قد علمت أن المعتمد عند المالكية تقدير المدة بحول ، ونقله أيضا فى البحر عن المجمع معزيا لمالك (قوله هكذا يقال) يعنى ينبغى أن يقال مثل هذا القول الخالى من نقد . واعتراض ينظر به عليه لا كما قال بعضهم من أنه يفتى به للضرورة اهـ ح .

قلت : لكن هذا ظاهر إذا أمكن قضاء مالكى به أو تحكيمه ، أما فى بلاد لايوجد فيها مالكى يحكم به فالضرورة متحققة ، وكأن هذا وجه مامر عن البزازية والفصولين ، فلا يرد قوله فى النهر إنه لاداعى إلى الإفتاء بقول نعتقد أنه خطأ يحتمل الصواب مع إمكان الترافع إلى مالكى يحكم به اهـ تأمل ، ولهذا قال الزاهدى : وقد كان بعض أصحابنا يفتون بقول مالك فى هذه المسألة للضرورة اهـ .

ثم رأيت مابحثته بعينه ذكره محشى مسكين عن السيد الحموى ، وسيأتى نظير هذه المسألة فى زوجة المفقود حيث قيل إنه يفتى بقول مالك إنها تعتد عدة الوفاة بعد مضى أربع سنين (قوله وأما ممتدة الحيض) الأولى : أن يقول ممتدة الدم أو المستحاضة ، والمراد بها المتحيرة التى نسيت عادتها ، وأما إذا استمر بها الدم وكانت تعلم عادتها فإنها ترد إلى عادتها كما فى البحر (قوله فالمفتى به الخ) حاصله أنها تنقضى عدتها بسبعة أشهر ، وقيل بثلاثة (قوله وإلا فبالأيام) فى المحيط : إذا اتفق عدة الطلاق والموت فى غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة وإن نقصت عن العدد ، وإن اتفق فى وسط الشهر . فعند الإمام يعتبر بالأيام فتعتد فى الطلاق بتسعين يوما ، وفى الوفاة بمائة وثلاثين . وعندهما يكمل الأول من الأخير وما بينهما بالأهلة ومدة الإيلاء واليمين أن لايكلم فلانا أربعة أشهر والإجارة سنة فى وسط الشهر وسن الرجل إذا ولد فى أثنائه وصوم الكفارة إذا شرع فيه وسط على هذا الخلاف اهـ وقدمنا عن المجتبى تأجيل العنين إذا كان فى أثناء الشهر فإنه يعتبر بالأيام إجماعا بحر .

ثم قال : وفى الصغرى أن اعتبار العدة بالأيام إجماعا إنما الخلاف فى الإجارة . واستشكله القهستانى بأن الأول هو المذكور فى المحيط والخانية والمبسوط وغيرها (قوله فى الكل) يعنى أن التقييد بالوطء شرط فى جميع مامر من مسائل العدة بالحيض والعدة بالأشهر كما أفاده سابقا بقوله راجع للجميع (قوله ولو فاسدة) أطلقها فشمل ما إذا كان فسادها المانع حسى أو شرعى ، وهذا هو الحق كما بيناه عند قوله صحيحة اهـ ح (قوله كما مر) أى فى باب المهر لا فى هذا الباب ، فإن الذى قدمه فيه التقييد بالصحيحة ط .

مطلب فى عدة زوجة الصغير

(قوله ولو رضيعا الخ) فيه مسامحة ، لأن الكلام فيمن وطئت ، والرضيع لايتأتى منه وطء زوجته ، فكان الأولى أن يقول ولو غير مراهق . وعبارة القنية تجب العدة بدخول زوجها الصبى المراهق . وفى آحاد الجرجانى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف أن المهر والعدة واجبان بوطء الصبى . وفى قول محمد تجب العدة دون المهر ، ثم قال : ولا خلاف بينهم لأنهما أجابا فى مراهق يتصور منه الإعلاق : أى أن تعلق منه أى تحبل ، ومحمد أجاب فيمن لايتصور منه ، لأن ذكره فى حكم أصبعه اهـ . وذكر فى البحر قبل ذلك أنهم صرحوا بفساد خلوته ، وبوجوب

(و) العدة (للموت أربعة أشهر) بالأهلة لو فى الغرة كما مر (وعشر) من الأيام بشرط بقاء النكاح صحيحا إلى الموت (مطلقا) وطئت أولا ولو صغيرة أوكتابية تحت مسلم ولو عبدا فلم يخرج عنها إلا الحامل . قلت : وعم كلامه ممتدة الطهر كالمرضع وهى واقعة الفتوى ، ولم أرها للآن فراجعه

العدة بالخلوة الفاسدة الشاملة لخلوة الصبى ، وبوجوب العدة إذا وطئها بنكاح فاسد فكذا الصحيح بالأولى ، ثم قال : فحاصله أنه كالبالغ فى الصحيح والفاسد ، وفى الوطء بشبهة فى الوفاة والطلاق والتفريق ووضع الحمل كما لايخفى فليحفظ اه ومسألة عدة زوجته بوضع الحمل تأتى قريبا .

وصورة الطلاق الموجب لعدتها بعد الدخول أن يكون ذميا فتسلم زوجته ويأبى وليه عن الإسلام أو أن يختلى بها فى صغره ويطلقها فى كبره وصورة التفريق أن يدخل بها بعقد فاسد .

مطلب فى عدة الموت

(قوله والعدة للموت) أى موت زوج الحرة ، أما الأمة فيأتى حكمها بعيده (قوله كما مر) أى قريبا (قوله من الأيام) أى والليالى أيضا كما فى المجتبى .

وفى غرر الأذكار : أى عشر ليال مع عشرة أيام من شهر خامس : وعن الأوزاعى أن المقدر فيه عشر ليال لدلالة حذف التاء فى الآية عليه فلها التزوج فى اليوم العاشر . قلنا إن ذكر كل من الأيام والليالى بصيغة الجمع لفظا أو تقديرا يقتضى دخول مايوازيه استقراء اه ومثله فى الفتح ، وما مر عن الأوزاعى عزاه فى الخانية لابن الفضل وقال إنه أحوط ، لأنه يزيد بليلة : أى لو مات قبل طلوع الفجر فلابد من مضى الليلة بعد العاشر . وعلى قول العامة تنقضى بغروب الشمس كما فى البحر ، وفيه نظر ، بل هو مساو لقول العامة لما علمت من التقدير بعشرة أيام وعشر ليال ، وقد ينقص عن قولهم لو فرض الموت بعد الغروب فكان الأحوط قولهم لاقوله (قوله بشرط بقاء النكاح صحيحا إلى الموت) لأن العدة فى النكاح الفاسد ثلاث حيض للموت وغيره كما مر . قال فى البحر : ولهذا قدمنا أن المكاتب لو اشترى زوجته ثم مات عن وفاء لم تجب عدة الوفاة ، فإن لم يدخل بها فلا عدة أصلا ، وإن دخل فولدت منه تعتد بحيضتين لفساد النكاح قبل الموت ، وإن لم يترك وفاء تعتد بشهرين وخمسة أيام عدة الوفاة لأنهما مملوكان للمولى كما فى الخانية (قوله ولو صغيرة) الأولى ولو كبيرة ، لأن المراد أن عدة الموت أربعة أشهر وعشرا ، وإن كانت من ذوات الحيض فمن كانت من ذوات الأشهر بالأولى تأمل (قوله تحت مسلم) أما لو كانت تحت كافر لم تعتد إذا اعتقدوا ذلك كما سيذكره المصنف (قوله ولو عبدا) أى ولو كان زوج الحرة عبدا (قوله فلم يخرج عنها إلا الحامل) فإن عدتها للموت وضع الحمل كما فى البحر ، وهذا إذا مات عنها وهى حامل ، أما لو حبلت فى العدة بعد موته فلا تتغير فى الصحيح كما يأتى قريبا (قوله وعم كلامه ممتدة الطهر الخ) الظاهر أن محل ذكر هذه المسألة عند ذمه مسألة الشابة الممتدة الطهر ، يعنى أنها مثلها فى أنها تعتد للطلاق بالحيض لابالأشهر . وأما ذكر هاهنا فلا محل له ، لأن التى ترى الدم تعتد للموت بأربعة أشهر وعشر ، فغيرها تعتد بالأشهر لابالحيض بالأولى ، إذ لادخل للحيض فى عدة الوفاة . وأيضا قوله فلم يخرج عنها إلا الحامل صريح فى ذلك . ثم رأيت الرحمتى أفاد بعض ذلك ، وقدمنا عن السراج مايفيد بحث الشارح ؛ وهو أن المرضع إذا عالجت الحيض حتى رأت صفرة فى أيامه تنقضى به العدة ، فأفاد أنه لابد من حيض المرضع ولو بحيلة الدواء ، وأصرح منه مافى المجتبى . قال أصحابنا : إذا تأخر حيض المطلقة لعارض أو غيره بقيت فى العدة حتى تحيض أو تبلغ حد

(وفى) حق (أمة لم تحض) لطلاق أو فسخ (حيضتان) لعدم التجزى (و) فى (أمة تحيض) لطلاق أو فسخ (أو مات عنها زوجها نصف الحرة) لقبول التنصيف .

(و) فى حق (الحامل) مطلقا ولو أمة أو كتابية أو من زنا بأن تزوج حبلى من زنا ودخل بها ثم مات أو طلقها تعتد بالوضع جواهر الفتاوى (وضع) جميع (حملها)

الإياس اه (قوله وفى حق أمة) أطلقها فشمل الزوجة القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة والمستسعاة عند الإمام ، ولابد من قيد الدخول فى الأمة إلا فى المتوفى عنها زوجها بحر ، وقيد بالزوجة لأنها لو كانت موطوءة بملك اليمين لاعدة عليها إلا إذا كانت أم ولد مات عنها سيدها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض كما مر (قوله لعدم التجزى) يعنى أن الرق منصف ، ومقتضاه لزوم حيضة ونصف لكن الحيض لايتجزأ فوجبت حيضتان (قوله لطلاق أو فسخ) أو نكاح فاسد أو وطء بشبهة قهستانى (قوله نصف الحرة) أى شهر ونصف فى طلاق ونحوه ، وشهران وخمسة أيام فى الموت (قوله وفى حق الحامل) أى من نكاح ولو فاسدا ، فلا عدة على الحامل من زنا أصلا بحر (قوله مطلقا) أى سواء كان عن طلاق أو وفاة أو متاركة أو وطء بشبهة نهر (قوله ولو أمة) أى منكوحة سواء كانت قنة أو مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد أو مستسعاة ط عن الهندية ، ومثل المنكوحة أم الولد إذا مات عنها سيدها أو أعتقها كما فى كافى الحاكم (قوله أو كتابية) لم يقل تحت مسلم كما قال فى سابقه ، إذ لافرق هنا بين كونها تحت مسلم أو ذمى على ماسيأتى فى المتن (قوله أو من زنا الخ) ومثله مالو كان الحمل فى العدة كما فى القهستانى والدر المنتقى .

وفى الحاوى الزاهدى : إذا حبلت المعتدة وولدت تنقضى به العدة سواء كان من المطلق أو من زنا : وعنه لاتنقضى به من زنا ولو كان الحبل بنكاح فاسد وولدت تنقضى به العدة إن ولدت بعد المتاركة لاقبلها اه لكن يأتى قريبا فيمن حبلت بعد موت زوجها الصبى أن لها عدة الموت ، فالمراد بقوله إذا حبلت المعتدة معتدة الطلاق بقرينة مابعده تأمل ، ثم رأيت فى النهر عند مسألة الغار الآتية .

قال : واعلم أن المعتدة لو حملت فى عدتها ذكر الكرخى أن عدتها وضع الحمل ولم يفصل ، والذى ذكره محمد أن هذا فى عدة الطلاق ، أما فى عدة الوفاة فلا تتغير بالحمل وهو الصحيح كذا فى البدائع اه .

وفى البحر عن التاترخانية : المعتدة عن وطء بشبهة إذا حبلت فى العدة ثم وضعت انقضت عدتها . وفيه عن الخانية : المتوفى عنها زوجها إذا ولدت لأكثر من سنتين من الموت حكم بانقضاء عدتها قبل الولادة بستة أشهر وزيادة ، فتجعل كأنها تزوجت بآخر بعد انقضاء العدة وحبلت منه (قوله بأن تزوج حبلى من زنا الخ) أفاد أن العدة ليست من أجل الزنا ، لما تقدم أنه لاعدة على الحامل من الزنا أصلا ، وإنما العدة لموت الزوج أو طلاقه . قال الرحمتى : ويعلم كون الحمل من زنا بولادتها قبل ستة أشهر من حين العقد (قوله ودخل بها) هو قيد لغير المتوفى عنها لما مر أن عدة الوفاة لايشترط لها الدخول ودخوله بها بالخلوة أو بوطئها مع حرمته لأنه وإن جاز نكاح الحبلى من زنا لايحل وطؤها رحمتى ، ونقل المسألة فى البحر عن البدائع بدون قيد الدخول (قوله وضع حملها) أى بلا تقدير بمدة سواء ولدت بعد الطلاق أو الموت بيوم أو أقل جوهرة ، والمراد به الحمل الذى استبان بعض خلقه أو كله ، فإن لم يستبن بعضه لم تنقض العدة ، لأن الحمل اسم لنطفة متغيرة ، فإذا كان مضغة أو علقة لم تتغير ، فلا يعرف كونها متغيرة بيقين إلا باستبانة بعض الخلق بحر عن المحيط . وفيه عنه أيضا أنه لايستبين إلا فى مائة وعشرين يوما . وفيه عن المجتبى أن المستبين بعض خلقه يعتبر فيه أربعة أشهر وتام الخلق ستة أشهر ، وقدمنا فى الحيض استشكال صاحب البحر لهذا بأن المشاهد ظهور الخلق قبل أربعة أشهر ، فالظاهر أن المراد نفخ الروح

لأن الحمل اسم لجميع مافى البطن :

وفى البحر : خروج أكثر الولد كالكل فى جميع الأحكام إلا فى حلها للأزواج احتياطا ، ولا عبرة بخروج الرأس ولو مع الأقل ، فلا قصاص بقطعه ولا يثبت نسبه من المبانة لو لأقل من سنتين ثم باقيه لأكثر (ولو) كان (زوجها) الميت (صغيرا) غير مراهق وولدت لأقل من نصف حول من موته فى الأصح لعموم آية -وأولات الأحمال - (وفيمن حبلت بعد موت الصبى) بأن ولدت لنصف حول فأكثر (عدة الموت) إجماعا لعدم الحمل عند الموت (ولا نسب فى حاليه) إذ لاماء للصبى ،نعم ينبغى ثبوته من المراهق احتياطا ، ولو مات فى بطنها ينبغى بقاء عدتها إلى أن ينزل أو تبلغ حد الإياس نهر .

لأنه لايكون قبلها ، وقدمنا تمامه هناك (قوله لأن الحمل الخ) علة لتقدير لفظ الجميع ، فلو ولدت وفى بطنها آخر تنقضى العدة بالآخر ، وإذا أسقطت سقطا إن استبان بعض خلقه انقضت به العدة لأنه ولد وإلا فلا (قوله خروج أكثر الولد كالكل الخ) هذا ينافى تقدير جميع فى قوله وضع جميع حملها ، إلا أن يراد جميع الأفراد لاجميع الأجزاء :

وقد يقال : إن قوله إلا فى حلها للأزواج يقتضى عدم انقضاء عدتها بخروج الأكثر ، وفيه أنها لولم تنقض لصحت مراجعتها قبل خروج باقيه ، فالمراد أنها تنقضى من وجه دون وجه ، ولذا قال فى البحر وقال فى الهارونيات لو خرج أكثر الولد لم تصح الرجعة وحلت للأزواج . وقال مشايخنا : لاتحل للأزواج أيضا ، لأنه قام مقام الكل فى حق انقطاع الرجعة احتياطا ، ولا يقوم مقامه فى حق حلها للأزواج احتياطا اه (قوله فى جميع الأحكام) أى فى انقطاع الرجعة ووقوع الطلاق ، أو العتق المعلق بولادتها وصيرورتها نفساء ، فلا تصلى ولا تصوم هذا مايقتضيه الإطلاق (قوله ولو مع الأقل) فى بعض النسخ : ولا مع الأقل بلا النافية وهى الصواب . وعبارة البحر وخروج الرأس فقط أو مع الأقل لااعتبار به ، وذكر قبله عن النوادر تفسير البدن بأنه من الأليتين إلى المنكبين ولا يعتدّ بالرأس ولا بالرجلين أى فقط (قوله فلا قصاص بقطعه) بل فيه الدية بحر (قوله ولا يثبت نسبه الخ) أى لو جاءت المبانة المدخولة بولد فخرج رأسه لأقل من سنتين وخرج الباقى لأكثر لم يلزمه حتى يخرج الرأس ونصف البدن لأقل من سنتين بحر (قوله ولو كان زوجها) لو وصلية وهومبالغة على قوله وضع حملها (قوله غير مراهق) أى لم يبلغ ثنى عشرة سنة قهستانى (قوله وولدت لأقل الخ) أى ليتحقق وجود الحمل وقت الموت (قوله فى الأصح) مقابله ماروى شاذا عن الثانى أن لها عدة الموت نهر (قوله بأن ولدت لنصف حول فأكثر) وقيل لأكثر من سنتين وليس بشىء فتح (قوله لعدم الحمل عند الموت) أى لعدم تحقق وجوده عنده فلم تكن من أولات الأحمال (قوله فى حاليه) أى حالى موت الصبى أو حالى وجود الحمل عند موته وحدوثه بعده (قوله إذ لاماء للصبى) أى فلا يتصور منه العلوق ، وإنما ثبت نسب ولد المشرق من مغربية إقامة للعقد مقام العلوق لتصوره حقيقة ، بخلاف الصبى كما فى البحر (قوله نعم ينبغى الخ) عبارة الفتح : ثم يجب كون ذلك الصبى غير مراهق ، أما المراهق فيجب أن يثبت النسب منه إلا إذا لم يمكن بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من العقد اه وأيده فى البحر بقوله ولهذا صوّر المسألة الحاكم الشهيد فى الكافى بما إذا كان رضيعا اه . ولا يخفى أن مفهوم الرواية معتبر فافهم (قوله أو تبلغ حد الإياس) يعنى فتعتد بالأشهر بعده ، وفيه أنه مناف لقوله تعالى - وأولات الأحمال - الآية فتأمل ح .

قلت : وفى حاشية البحر للشيخ خير الدين : لامعنى للقول بالانقضاء مع وجوده لاشتغال الرحم به كذا

(وفى) حق (امرأة الفارّ من) الطلاق (البائن) إن مات وهى فى العدة (أبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق) احتياطا ، بأن تتربص أربعة أشهر وعشرا من وقت الموت فيها ثلاث حيض من وقت الطلاق شمنى ، وفيه قصور لأنها لو لم تر فيها حيضا تعتد بعدها بثلاث حيض ، حتى لو امتد طهرها تبقى عدتها حتى تبلغ سن الإياس فتح (و) قيد بالبائن لأن (لمطلقة الرجعى ما للموت) إجماعا

فى كتب الشافعية . قال الرملى فى شرح المنهاج : ولو مات واستمر أكثر من أربع سنين لم تنقض إلا بوضعه لعموم الآية كما أفتى به الوالد ، ولا مبالاة بتضررها بذلك . وقال ابن قاسم فى حاشية شرح المنهج : قال شيخنا الطبلاوى أفتى جماعة عصرنا بالتوقف على خروجه . والذى أقوله عدم التوقف إذا أيس من خروجه لتضررها بمنعها من التزوج اه ولاشىء من قواعدنا يدفع ماقالوه فاعلم ذلك اه ملخصا ، وبه ظهر أن المراد من قوله أو تبلغ حد الإياس هو الإياس من خروجه ، وهل المراد منه نهاية حد الحمل وهو أربع سنين عند الشافعية وسنتان عندنا أو أعم من ذلك ، محتمل . والذى ينبغى العمل بما قاله الجماعة الموافقته صريح الآية (قوله وفى حق امرأة الفار الخ) معطوف على قوله سابقا فى حق حرة تحيض ، ومتعلق بما تعلق به وهو الضمير العائد على العدة ، وقوله من الطلاق متعلق به . ولو قال للطلاق باللام لكان أظهر ، والمراد بامرأة الفارّ من أبانها فى مرضه بغير رضاها بحيث صار فارا ومات فى عدتها فعدتها أبعد الأجلين عندهما خلافا لأبى يوسف لأنه وإن انقطع النكاح بالطلاق حقيقة لكنه باق حكما فى حق الإرث فيجمع بين عدة الطلاق والوفاة احتياطا ، وتمامه فى الفتح .

قلت : وهو صريح فى أنه لو أبانها فى مرضه برضاها بحيث لم يصر فارا تعتد عدة الطلاق فقط وهى واقعة الفتوى فلتحفظ . وخرج أيضا مالو طلقها بائنا فى صحته ثم مات لاتنتقل عدتها ولا ترث اتفاقا صرح به فى الفتح لأنه ليس فارا (قوله إن مات وهى فى العدة) بأن لم تحض ثلاثا قبل موته ، فإن حاضت ثلاثا قبله انقضت عدتها ولم تدخل تحت المسألة لأنه لاميراث لها إلا إذا مات قبل انقضاء العدة . وقد أشكل ذلك على بعض حنفية العصر لعدم التأمل بحر (قوله من عدة الوفاة الخ) بيان لأبعد الأجلين ، فمن بيانية لا متعلقة بأبعد ط (قوله احتياطا) علمت وجهه (قوله وفيه قصور) لأن قوله فيها ثلاث حيض يقتضى أنه لابد أن تكون الحيض الثلاث أو بعضها فى مدة الأربعة الأشهر وعشر (قوله حتى تبلغ الإياس) فإذا بلغت سن الإياس تعتد بالأشهر كما صرح به فى الفتح أيضا فافهم (قوله وقيد بالبائن الخ) حاصل المسألة أن الزوج إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا فى صحته أو مرضه ودخلت فى عدة الطلاق ثم مات والعدة باقية تنتقل عدتها إلى عدة الموت إجماعا لأنها حينئذ زوجته وترث منه . أما إذا كانت منقضية لم تكن زوجته ، فلا يجب عليها بموته شىء ولا ترثه ، وكذا لو طلقها بائنا فى صحته ثم مات فى عدتها كما مر .

ثم لايخفى أن امرأة الفارّ هى التى طلقها بائنا فى مرضه ومات فى عدتها فلو كان رجعيا لم تكن كذلك ، فقول المصنف تبعا للكنز وغيره ولمطلقة الرجعى عطفا على قوله من البائن يقتضى أن امرأة الفارّ تارة يكون طلاقها بائنا وتارة رجعيا ، وأن حكم طلاقها البائن مامر وهذا حكم طلاقها الرجعى .

ولايخفى أن مطلقة الرجعى لو سميت امرأة الفار لزم منه لوازم باطلة ، ذكرها فى الشرنبلالية وألف لها رسالة خاصة وذكر أن هذا الإيهام وقع فى كثير من الكتب وحكم عليها بالخطإ .

ولايخفى أنه ليس فيها سوى المسامحة فى العطف على امرأة الفارّ اعتمادا على ظهور المراد لأجل الاختصار ليستغنى

(و) العدة (فيمن أعتقت فى عدة رجعى لا) عدة (البائن و) لا (الموت) أن تتم (كعدة حرة ، ولو) أعتقت (فى أحدهما) أى البائن أو الموت (فكعدة أمة) لبقاء النكاح فى الرجعى دون الأخيرين ، وقد تنتقل العدة ستا كأمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فتعتد بشهر ونصف فحاضت تصير حيضتين فأعتقت تصير ثلاثا فامتد طهرها للإياس تصير بالأشهر فعاد دمها تصير بالحيض فمات زوجها تصير أربعة أشهر وعشرا .

(آيسة اعتدت بالأشهر ثم عاد دمها) على جارى عادتها أو حبلت من زوج آخر بطلت عدتها وفسد نكاحها و (استأنفت بالحيض) لأن شرط الخلفية تحقق الإياس عن الأصل وذلك بالعجز الدائم إلى الموت ، وهو ظاهر الرواية كما فى الغاية ، واختاره فى الهداية فتعين المصير إليه ،

عن التقييد بموته فى العدة (قوله والعدة) مبتدأ خبره قوله أن تتم ، وأشار به إلى أنها لا يجب عليها أن تستأنف عدة حرة بل انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر ، فتبنى على مامضى وتكمل ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض فافهم ، وأفاد قوله أعتقت فى عدة رجعى أن العتق بعد طلاق الزوج ، إذ لو كان قبله لزمها عدة الحرة ابتداء وأن هذه عدة طلاق لاعتق ، لأنها لو كانت أم ولده وأعتقها وهى منكوحة الغير لا عدة عليها لكونها محرمة عليه كما مر ، وأفاد أن العدة باقية ، إذ لو أعتقها بعد انقضاء عدتها أو مات لزمها ثلاث حيض كما مر لأنها عادت فراشا له كما يعلم من الجوهرة (قوله فكعدة أمة) أى حيضتين أو شهر ونصف أو شهرين وخمسة أيام بلا انقلاب إلى عدة الحرة قهستانى (قوله لبقاء النكاح فى الرجعى) بيان للفرق ، وهو أن النكاح قائم من كل وجه بعد الطلاق الرجعى ، وبالعتق كمل ملك الزوج عليها ، والعدة فى الملك الكامل مقدرة شرعا بثلاث حيض بخلافه بعد البائن أو الموت (قوله وقد تنتقل العدة ستا) جعلها ستا باعتبار المنتقل عنه وإلا فالانتقالات خمس أفاده ط (قوله طلقت رجعيا) قيد بالرجعى ليمكن انتقالها بالعتق وبالموت ، وقد خفى ذلك على محشى مسكين أفاده ط (قوله فحاضت) أى قبل تمام العدة وكذا يقال فيما بعده ط (قوله تصير ثلاثا) أى تنتقل إلى عدة الحرائر لأن طلاقها رجعى كما علمت (قوله للإياس) أى إلى أن وصلت إلى سن الإياس (قوله تصير بالأشهر) ولا يعتبر الأيام التى وجدت حال الصغر قبل حدوث الحيض ط (قوله فعاد دمها) ومثله مالو حبلت ، ولو ذكره لاستوفى المثال أنواع العدة الثلاثة ، وهى العدة بالحيض ، وبالأشهر ، وبوضع الحمل ؛ لكن لو مات زوجها تبقى عدتها بوضع الحمل ولا تنتقل إلى الأشهر (قوله تصير بالحيض) مبنى على أحد الأقوال الآتية (قوله تصير أربعة أشهر وعشرا) لأنها معتدة الرجعى فلها عدة الموت كما مر .

قلت : وقد اشتمل هذا المثال على عدة الصغيرة والكبيرة والأمة والحرة والحائض والآيسة والمطلقة والمتوفى عنها زوجها والمعتقة ، ويزاد عاشرة وهى الحبلى على ماذكرنا (قوله ثم عاد دمها) أى فى أثناء الأشهر أو بعدها ، يدل عليه قوله أو حبلت من زوج آخر فإن حبلها منه لا يكون إلا بعد الأشهر ، ويدل عليه أيضا مقابله وهو قوله لكن اختار البهنسى الخ اهـ ح (قوله على جارى عادتها) مقتضاه اعتبار عادة نفسها ، وهذا أحد أقوال وهوغير المعتمد ، فالأولى التعبير بقوله على العادة كما فى الهداية .

قال فى البحر : واختلفوا فى معنى قوله إذا رأت الدم على العادة ، فقيل معناه إذا كان سائلا كثيرا احترازا عما إذا رأت بلة يسيرة ، وقيل معناه ماذكر وأن يكون أحمر أو أسود لا أصفر وأخضر أو تربية ، وقيل معناه أن يكون على العادة الجارية ؛ حتى لو كان عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك انتقض كذا فى الفتح ، وصرح فى المعراج بأن الفتوى على الأول اهـ والأخير هو ماذكره الشارح فافهم (قوله لأن شرط الخلفية) أى خلفية الأشهر

قاله في البحر بعد حكاية ستة أقوال مصححة وأقره المصنف ، لكن اختار البهنسى مااختاره الشهيد أنها إن رأته قبل تمام الأشهر استأنفت لابعدها.

قلت : وهو مااختاره صدر الشريعة ومنلاخسرو والباقانى ، وأقره المصنف في باب الحيض ، وعليه فالنكاح جائز وتعتدّ في المستقبل بالحيض كما صححه في الخلاصة وغيرها . وفى الجوهرة والمجتبى أنه الصحيح المختار ، وعليه الفتوى . وفى تصحيح القدورى : وهذا التصحيح أولى من تصحيح الهداية . وفى النهر أنه أعدل الروايات ، وتمامه فيما علقته على الملتقى.

(والصغيرة) لو حاضت بعد تمام الأشهر (لا) تستأنف (إلا إذا حاضت فى أثنائها) فتستأنف بالحيض (كما تستأنف) العدة (بالشهور من حاضت حيضة) أو ثنتين (ثم أيست) تحرزا عن الجمع بين الأصل والبدل (و) الإياس (سنة) للرومية وغيرها (خمس وخمسون) عند الجمهور وعليه الفتوى . وقيل الفتوى على خمسين نهر . وفى البحر عن الجامع : صغيرة بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها.

عن الحيض ، والخلف هو الذى لا يصار إليه إلا عند تعذر الأصل كالفدية للشيخ الفانى . وأما البدل كالمسح على الخفين فلا يشترط فيه ذلك أفاده ط (قوله ستة أقوال مصححة) أحدها ينتقض مطلقا ، واختاره فى الهداية. الثانى لاينتقض مطلقا ، واختاره الإسبيجابى . الثالث ينتقض إن رأته قبل تمام الأشهر لابعدها ، وأفتى به الصدر الشهيد . وفى المجتبى وهو الصحيح المختار للفتوى . الرابع ينتقض على رواية عدم التقدير للإياس التى هى ظاهر الرواية ، فإنما ثبت الأمر على ظنها فلما حاضت تبين خطؤها ، ولاينتقض على رواية التقدير له ، واختاره فى الإيضاح واقتصر عليه فى الخانية ، وجزم به القدورى والجصاص ، ونصره فى البدائع . الخامس ينتقض إن لم يكن حكم بإياسها ، وإن حكم به فلا كأن يدعى أحدهما فساد النكاح فيقضى بصحته ، وهو قول محمد بن مقاتل ، وصححه فى الاختيار . السادس ينتقض في المستقبل فلا تعتد إلا بالحيض للطلاق بعده لا الماضى فلا تفسد الأنكحة المباشرة بعد الاعتداد بالأشهر ، وصححه فى النوازل اهـ (قوله وعليه) أى على هذا القول فالنكاح جائز لأنه إنما يقع بعد تمام الأشهر فوقع معتبر الوجود شرطه وهو الإياس بوجود سببه وهو الانقطاع فى مدته التى يغلب فيها ارتفاع الحيض وهو الخمس والخمسون ، ولا تعتد فى المستقبل إلا بالحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد ، فإذا تحقق اليأس تحقق حكمه وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه . وأما اشتراط دوام الانقطاع إلى الموت فى اليأس فلا دليل له فقد يتحقق اليأس من الشيء ثم يوجد ، وتمامه فى الفتح ، وهذا كما ترى ترجيح أيضا لهذا القول (قوله لاتستأنف) لأنه لم يتبين بالحيض أنها كانت قبل من ذوات الأقراء بخلاف الآيسة ط (قوله إلا إذا حاضت) استثناء منقطع ط (قوله فى أثنائها) أى قبل تمامها ولو بساعة ط (قوله ثم أيست) أى بلغت سن الإياس عند الحيضتين وانقطع دمها فتح (قوله للرومية وغيرها) وقيل للرومية خمس وخمسون ولغيرها ستون ، وقيل ستون مطلقا ، وقيل سبعون . وفى ظاهر الرواية لاتقدير فيه بل أن تبلغ من السن مالايحيض مثلها فيه ، وذلك يعرف بالاجتهاد والمماثلة فى تركيب البدن والسمن والهزال اهـ ح عن البحر . وفى القهستانى وقيل ثلاثون (قوله وقيل الفتوى على خمسين) قال القهستانى : وبه يفتى اليوم كما فى المفاتيح (قوله وفى البحر عن الجامع الخ) يحتمل أن يكون مبنيا على القول بتقديره بثلاثين ، لكن ظاهر قوله ولم تحض أنها لم يسبق لها حيض أصلا وهى الشابة التى بلغت بالسن ومر حكمها ، ويؤيده مافى التاترخانية عن الينابيع : امرأة مارأت الدم وهى بنت ثلاثين سنة مثلا رأت يوما دما لاغير ثم طلقها زوجها قال : ليست هى بآيسة . وقال أبو جعفر : تعتد بالشهور لأنها من اللاتى لم يحضن ، وبه نأخذ اهـ .

(وعدة المنكوحة نكاحا فاسدا) فلا عدة فى باطل وكذا موقوف قبل الإجازة اختيار ، لكن الصواب ثبوت العدة والنسب بحر .

[تنبيه] هل يؤخذ بقولها إنها بلغت سن اليأس كما يقبل قولها بالبلوغ بعد الصغر أم لابد من بينة ؟ لم أر من صرح به من علمائنا ، وينبغى الأول على رواية التقدير بمدة ، أما على رواية عدمه فالمعتبر اجتهاد الرأى كما مر تأمل .

[تتمة] ذكر فى الحقائق شرح المنظومة النسفية فى باب ٧ الإمام مالك مانصه : وعندنا مالم تبلغ حد الإياس لا تعتد بالأشهر ، وحده خمس وخمسون سنة هو المختار ، لكنه يشترط للحكم بالإياس فى هذه المدة أن ينقطع الدم عنها مدة طويله وهى ستة أشهر فى الأصح ، ثم هل يشترط أن يكون انقطاع ستة أشهر بعد مدة الإياس ؟ الأصح أنه ليس بشرط ، حتى لو كان منقطعا قبل مدة الإياس ثم تمت مدة الإياس وطلقها زوجها يحكم بإياسها وتعتد بثلاثة أشهر ، هذا هو المنصوص فى الشفاء فى الحيض وهذه دقيقة تحفظ اهـ . ونقل هذه العبارة وأقرها الشهاب أحمد بن يونس الشلبى فى شرحه على الكنز عن خط العلامة باكير شارح الكنز غير معزية لأحد ، ونقلها ط عن السيد الحموى .

مطلب عدة المنكوحة فاسدا والموطوءة بشبهة

(قوله وعدة المنكوحة الخ) مبتدأ خبره قوله الآتى الحيض ، وهذه الجملة بتمامها مستغنى عنها بقوله سابقا كذا أم ولد مات عنها مولاها أو أعتقها وموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد فى الموت والفرقة ط . على أن كلامه هنا يوهم وجوب العدة فى النكاح الفاسدة ولو قبل الوطء وليس كذلك ، فإنها لا تجب فيه بالخلوة بل بالوطء فى القبل كما مر فى باب المهر (قوله نكاحا فاسدا) هى المنكوحة بغير شهود ، ونكاح امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة ، ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عنده خلافا لهما فتح .

مطلب فى النكاح الفاسد والباطل

(قوله فلا عدة في باطل) فيه أنه لا فرق بين الفاسد والباطل فى النكاح ، بخلاف البيع كما فى نكاح الفتح والمنظومة المحبية ، لكن فى البحر عن المجتبى : كل نكاح اختلف العلماء فى جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة ، أما نكاح منكوحة الغير ومعتدته فالدخول فيه لا يوجب العدة إن علم أنها للغير لأنه لم يقل أحد بجوازه فلم ينعقد أصلا ، فعلى هذا يفرق بين فاسده وباطله فى العدة ، ولهذا يجب الحد مع العلم بالحرمة لكونها زنا كما فى القنية وغيرها اهـ .

قلت : ويشكل عليه أن نكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد كما علمت مع أنه لم يقل أحد من المسلمين بجوازه وتقدم فى باب المهر أن الدخول فى النكاح الفاسد موجب للعدة وثبوت النسب ، ومثل له فى البحر هناك بالتزوج بلا شهود وتزوج الأختين معا أو الأخت فى عدة الأخت ، ونكاح المعتدة والخامسة فى عدة الرابعة والأمة على الحرة اهـ (قوله اختيار) ومثله فى المحيط معللا بأن النسب لا يثبت فيه لأنه موقوف فلم ينعقد فى حق حكمه فلا يؤثر شبهة الملك اهـ (قوله لكن الصواب الخ) فقد نقل الزيلعى فى النكاح الفاسد ما نصه : وذكر فى كتاب الدعوى من الأصل : إذا تزوجت المرأة بغير إذن مولاها ودخل بها الزوج وولدت لستة أشهر مذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج ، فقد اعتبره من وقت النكاح لا من وقت الدخول ، ولم يحك

(والموطوءة بشبهة) ومنه تزوج امرأة الغير غير عالم بحالها كما سيجيء ، وللموطوءة بشبهة أن تقيم مع زوجها الأول وتخرج بإذنه فى العدة لقيام النكاح بينهما ، إنما حرم الوطء حتى تلزمه نفقتها وكسوتها بحر ؛ يعنى إذا لم تكن عالمة راضية

خلافا . قال الحلوانى : هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد فى النكاح الفاسد ، خلافا لما يقوله البعض إنه لاينعقد إلا بالدخول اه فهذا صريح فى ثبوت النسب فيه ، ويتبعه وجوب العدة ، فكان مافى المحيط والاختيار سهوا بحر .

قلت : لكن يشكل على هذا تصريحهم بأن النكاح الفاسد إنما يجب فيه مهر المثل ، والعدة بالوطء لابمجرد العقد ولا بالخلوة لفسادها لعدم التمكن فيها من الوطء كالخلوة بالحائض ، فلا تقام مقام الوطء كما صرح بذلك فى الفتح والبحر وغيرهما فى باب المهر ، إلا أن يقال إن انعقاد الفراش بنفس العقد إنما هو بالنسبة إلى النسب ، لأنه يحتاط فى إثباته إحياء للولد .

ثم اعلم أنه ذكر فى البحر هناك أنه تعتبر مدة النسب وهى ستة أشهر من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره ، كذا فى الهداية أى إقامة العقد مقام الوطء باعتبار كون العقد داعيا إلى الوطء . وعندهما ابتداء المدة من وقت العقد قياسا على الصحيح ، والمشايخ أفتوا بقول محمد لعدم صحة القياس المذكور . وفائدة الخلاف فيما إذا أتت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الدخول فإنه لايثبت نسبه على المفتى به اه .

إذا علمت ذلك فيمكن أن يحمل مافى الاختيار والمحيط على قول محمد ، وأن المراد من عدم ثبوت النسب إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول وإن كان لأكثر منها من وقت العقد ، ويحمل ماتقدم عن الزيلعى على قولهما بدليل أنه فرض المسألة فيما إذا ولدت لستة أشهر مذ تزوجها ولم يعتبر وقت الدخول بقرينة تمام الكلام ولا يخفى أن التوفيق أولى من الخطأ وشق العصا (قوله والموطوءة بشبهة) كالتى زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه إذا ادعى الاشتباه كذا فى الفتح . وأفاد فى النهر بحثا أن من ذلك ماوقع الاستفتاء عنه فيمن اشترى أمة فوطئها ثم أثبتت أنها حرة الأصل اه وهو ظاهر . ومن ذلك مالووطئ معتدته بشبهة وستأتى ، ومنه مافى كتب الشافعية إذا أدخلت منيا فرجها ظانته منى زوج أو سيد عليها العدة كالموطوءة بشبهة . قال فى البحر : ولم أره لأصحابنا ، والقواعد لاتأباه لأن وجوبها لتعرف براءة الرحم (قوله ومنه) أى من قسم الوطء بشبهة . قال فى النهر : وأدخل فى شرح السمرقندى منكوحة الغير تحت الموطوءة بشبهة . حيث قال أى بشبهة الملك أو العقد ، بأن زفت إليه غير امرأته فوطئها أو تزوج منكوحة الغير ولم يعلم بحالها . وأنت خبير بأن هذا يقتضى الاستغناء عن المنكوحة فاسدا إذ لاشك أنها موطوءة بشبهة العقد أيضا بل هى أولى بذلك من منكوحة الغير إذ اشتراط الشهادة فى النكاح مختلف فيه بين العلماء بخلاف الفراغ عن نكاح الغير اه .

إذا علمت ذلك ظهر لك أن الشارح متابع لما فى شرح السمرقندى لامخالف له ، إذ لو قصد مخالفته كان عليه أن يذكر قوله ومنه الخ عقب قوله المنكوحة نكاحا فاسدا لابعد قوله والموطوءة بشبهة فافهم . ويمكن الجواب عن السمرقندى بأنه حمل المنكوحة نكاحا فاسدا على ماسقط منه شرط الصحة بعد وجود المحلية كالنكاح المؤقت أو بغير شهود ، أما منكوحة الغير فهى غير محل إذ لايمكن اجتماع ملكين فى آن واحد على شىء واحد ، فالعقد لم يؤثر ملكا فاسدا وإنما أثر فى وجود الشبهة والشارح كثير المتابعة للنهر ، فلعله خالفه هنا إشارة إلى ماقلنا (قوله كما سيجىء) أى فى المتن آخر الباب (قوله يعنى إذا لم تكن عالمة راضية) هذا مذكور أيضا فى البحر ، واستشهد له

كما سيجىء (وأم الولد) فلا عدة على مدبرة ومعتقة (غير الآيسة والحامل) فإن عدتهما بالأشهر والوضع (الحيض للموت) أى موت الواطئ (وغيره) كفرقة أو متاركة ، لأن عدة هؤلاء لتعرف براءة الرحم وهو بالحيض ، ولم يكتف بحيضة احتياطا (ولااعتداد بحيض طلقت فيه) إجماعا .

(وإذا وطئت المعتدة بشبهة)

بما فى الخانية من أن المنكوحة إذا تزوجت رجلا ودخل بها ثم فرق بينهما لايجب على الزوج الأول نفقتها مادامت فى العدة ، لأنها لما وجبت عليها العدة صارت ناشزة اه (قوله كما سيجىء) أى قبيل الفروع (قوله وأم الولد) أى التى مات مولاها أو أعتقها ولا نفقة لها فى هذه العدة كما فى البحر عن كافى الحاكم أى لأنها عدة وطء لاعقد (قوله فلا عدة على مدبرة ومعتقة) المناسب وأمة بدل قوله ومعتقة .

قال فى البحر : وقيد بأم الولد لأن المدبرة والأمة إذا أعتقت أو مات سيدها لاعدة عليها بالإجماع كما ذكره الإسبيجابى اه أى لأنه لا فراش لها كما قدمه الشارح (قوله غير الآيسة والحامل) منصوب على الحالية من ضمير المنكوحة والموطوءة وأم الولد أو مجرور نعت لهن ، وكان الأولى أن يزيد قوله وغير المحرمة عليه وهذا فى أم الولد وكأنه لم يذكره لكونه صرح به فيما مر (قوله بالأشهر والوضع) فيه لف ونشر مرتب (قوله الحيض) جمع حيضة أى عدة المذكورات ثلاث حيض إن كن من ذوات الحيض وإلا فالأشهر أو وضع الحمل ، وهذا إن كانت المنكوحة نكاحا فاسدا أو الموطوءة بشبهة حرة إذ للأمة حيضتان كما فى البحر (قوله أى موت الواطئ) أى فى المسائل الثلاث ، وأفاد أنه لاعدة فى النكاح الفاسد بدون وطء كما قدمناه والواطئ فى الأخيرة هو المولى الذى مات عنها أو أعتقها ، أما لو كان زوجا تكون عدتها عدة الأمة المنكوحة (قوله وغيره) أى غير الموت وهذا خاص فيما عدا الأخيرة (قوله كفرقة) الأولى كتفريق أى تفريق القاضى ، وسيأتى أن ابتداء العدة فى الموت من وقت الموت وفى غيره من وقت التفريق أو المتاركة ؛ ويأتى بيان المتاركة (قوله لأن عدة هؤلاء الخ) جواب سؤال حاصله لم كانت عدة هؤلاء بالحيض ولم يعتبروا فيهن عدة وفاة ط (قوله لتعرف براءة الرحم) أى لأجل أن يعرف أن الرحم غير مشغول لا لقضاء حق النكاح إذ لانكاح صحيح والحيض هو المعرف (قوله ولم يكتف بحيضة) كالاستبراء لأن الفاسد ملحق بالصحيح احتياطا منح (قوله ولا اعتداد بحيض طلقت فيه) أى إذا طلقها فى الحيض لايحسب من العدة ، لأن ما وجد قبل الطلاق لايحتسب به منها لعدم التجزى ، فلو احتسب كمل من الرابعة فوجبت كلها لعدم التجزى أيضا نهر . قال فى الدر المنتقى ، لو قال بحيض وقعت الفرقة فيه لكان أشمل .

مطلب فى وطء المعتدة بشبهة

(قوله وإذا وطئت المعتدة) أى من طلاق أو غيره در منتقى ، وكذا المنكوحة إذا وطئت بشبهة ثم طلقها زوجها كان عليها عدة أخرى وتداخلتا كما فى الفتح وغيره (قوله بشبهة) متعلق بقوله وطئت ، وذلك كالموطوءة للزوج فى العدة بعد الثلاث بنكاح ، وكذا بدونه إذا قال ظننت أنها تحل لى أو بعد ما أبانها بألفاظ الكناية ، وتمامه فى الفتح ، ومفاده أنه لو وطئها بعد الثلاث فى العدة بلا نكاح عالما بحرمتها لاتجب عدة أخرى لأنه زنا .

وفى البزازية : طلقها ثلاثا ووطئها فى العدة مع العلم بالحرمة لاتستأنف العدة بثلاث حيض ويرجمان إذا علما بالحرمة ووجد شرائط الإحصان ، ولو كان منكرا طلاقها لا تنقضى العدة ؛ ولو ادعى الشبهة تستقبل . وجعل فى النوازل البائن كالثلاث ، والصدر لم يجعل الطلاق على مال والخلع كالثلاث ، وذكر أنه لو خالعها ولو بمال ثم وطئها فى العدة عالما بالحرمة تستأنف العدة لكل وطأة وتتداخل العدد إلى أن تنقضى الأولى ، وبعده تكون الثانية والثالثة عدة الوطء لا الطلاق حتى لا يقع فيها طلاق آخر ولاتجب فيها نفقة اه وما قاله الصدر هو ظاهر

ولو من المطلق (وجبت عدة أخرى) لتجدد السبب (وتداخلتا، والمرئى) من الحيض (منهما و) عليها أن (تتم) العدة (الثانية إن تمت الأولى) وكذا لو بالأشهر أو بهما لومعتدة وفاة، فلو حذف قوله والمرئى منهما لعمهما وعم الحائل لو حبلت فعدتها الوضع إلا معتدة الوفاة

ماقدمناه آنفا عن الفتح حيث جعل الوطء بعد الإبانة ألفاظ الكناية من الوطء بشبهة أى لقول بعض الأئمة بأنه لايقع بها البائن فأورث الخلاف فيها شبهة (قوله ولو من المطلق) أى كما مثلنا آنفا. ثم الأولى أن يقول ولو من غير المطلق لما فى الفتح من أن الشافعى وافقنا فى أحد قوليه فيما إذا كان الواطئ المطلق اه. فعلم أن غير المطلق هو محل الخلاف، فكان المناسب التنصيص عليه ليدخل المطلق بالأولى.

وفى الدرر: اعلم أن المرأة إذا وجب عليها عدتان، فإما أن يكونا من رجلين أو من واحد، فنى الثانى لاشك أن العدتين تداخلتا، وفى الأول إن كانتا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة أو من جنس واحد كالمطلقة إذا تزوجت فى عدتها فوطئها الثانى وفرق بينهما تداخلتا عندنا ويكون ماتراه من الحيض محتسبا منهما جميعا، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام الثانية اه (قوله والمرئى منهما الخ) بيان للتداخل، فلو كانت وطئت بعد حيضة من الأولى فعليها حيضتان تكملة الأولى وتحتسب بهما من عدة الثانى، فإذا حاضت واحدة بعد ذلك تمت الثانية أيضا نهر، وهذا إذا كان بعد التفريق بينهما وبين الواطئ الثانى، أما إذا حاضت حيضة قبله فهى من عدة الأول خاصة، وتمامه فى البحر عن الجوهرة. وقال: وإذا كان الواطئ هو المطلق فهل يشترط أن يكون بعد التفريق أيضا؟ لم أره صريحا اه.

قلت: الظاهر أن التفريق حكم العقد الفاسد لرفع شبهته، أما الوطء بشبهة بدون عقد فإن الشبهة ترتفع بمجرد العلم بحقيقة الحال، والله أعلم.

وفى البحر عن الخانية: وإذا تمت عدة الأول حل للثانى أن يتزوجها لا لغيره مالم تتم عدة الثانى بثلاث حيض من حين التفريق، وإذا كان طلاق الأول رجعيا كان له أن يراجعها فى عدته ولا يطؤها حتى تنقضى عدة الثانى اه ملخصا. وفيه عن الجوهرة: ثم إذا تداخلتا والعدة من رجعى فلا نفقة لها على واحد منهما ولو من بائن فنفقتها على الأول، والزوجة إذا تزوجت بآخر وفرق بينهما بعد الدخول فلا نفقة لها على زوجها لأنها منعت نفسها فى العدة اه.

قلت: ولعل الفرق فى البائن أن المنع بالبينونة لا بالعدة من الثانى بخلاف الرجعى، وإنما لم تجب على الواطئ لأن عدتها منه عدة وطء ولا نفقة فيها تأمل.

[تنبيه] يمكن انقضاء العدتين معا كمعتدة بالأشهر لوفاة وطئت فيها بشبهة وحاضت فيها ثلاثا وانقضاء الثانية قبل الأولى، كما لو تمت الحيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر ويمكن تأخر الثانية بجملتها عن الأولى كما لو حاضت بعد تمام الأشهر (قوله وكذا لو بالأشهر) كآيسة وطئت بشبهة فى خلال عدتها فإنها تتم الثانية بالأشهر أيضا نهر (قوله أو بهما لو معتدة وفاة) مثاله ماذكرناه فى التنبيه آنفا، وكان الأولى أن يزيد أو بوضع الحمل وهو مسألة الحائل الآتية (قوله فلو حذف قوله والمرئى منهما) أى الذى هو قاصر على الحيض. وقد يجاب بأن المراد بالمرئى الحاصل بالعلم لا برؤية البصر (قوله لعمهما) أى لعم من تعتد العدتين بالأشهر ومن تعتد بالأشهر للوفاة وبالحيض لوطء الشبهة (قوله وعم الحائل لو حبلت) عطف على لعمهما: أى ولعم من تعتد العدتين بوضع الحمل كالحائل بالهمز وهى من لم تكن حبلى، فإذا حبلت فى العدة تنقضى بوضعه سواء كان من المطلق أو من زنا أو من نكاح فاسد إذا ولدته بعد المتاركة لاقبلها كما قدمناه عن الحاوى الزاهدى (قوله إلا معتدة الوفاة الخ) أفاد أن المراد بالحائل إذا كانت معتدة من طلاق أو فسخ بخلاف المعتدة من وفاة فافهم. قال فى النهر: وفى الخلاصة: وكل

فلا تتغير بالحمل كما مر ، وصححه فى البدائع (ومبدأ العدة بعد الطلاق و) بعد (الموت) على الفور (وتنقضى العدةوإن جهلت) المرأة (بهما) أى بالطلاق والموت لأنها أجل فلايشترط العلم بمضيه سواء اعترف بالطلاق أوأنكر

(فلو طلق امرأته ثم أنكره وأقيمت عليه بينة وقضى القاضى بالفرقة) كأن ادعته عليه فى شوال وقضى به فى المحرم (فالعدة من وقت الطلاق لامن وقت القضاء) بزازية : وفى الطلاق المبهم من وقت البيان : ولو شهدا بطلاقها ثم بعد أيام عدلا فقضى بالفرقة فالعدة من وقت الشهادة لاالقضاء ، بخلاف ما (لو أقر بطلاقها منذ زمان) ماض فإن الفتوى أنها من وقت الإقرار مطلقا

من حملت فى عدتها فعدتها أن تضع حملها ، وفى المتوفى عنها زوجها إذا حملت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور اه وقدمر عن البدائع اه . والذى مر عن البدائع ذكره فى النهر عند مسألة عدة الفار ، وهو الذى كتبناه فى عدة الحامل عند قوله أو من زنا حيث قال أما فى عدة الوفاة فلا تتغير بالحمل وهو الصحيح أى بل تبقى عدتها أربعة أشهر وعشرا (قوله كما مر) أى عند قول المصنف وللموت أربعة أشهر وعشر مطلقا ، حيث قال الشارح هناك فلم يخرج عنها إلا الحامل يعنى من مات عنها وهى حامل كما قدمناه :

فعلم أن من لم تكن حاملا عند الموت وحبلت بعده فهى داخلة تحت الإطلاق فلا تتغير عدتها بل تبقى بالأشهر ويعلم أيضا من قوله بعده وفيمن حبلت بعد موت الصبى عدة الموت إجماعا لعدم الحمل عند الموت اه فافهم ، لكن الظاهر أن هذا بالنظر إلى الوفاة ، أما عدة الوطء الذى حصل منه الحمل فلا تنقضى إلا بوضعه إن كان بشبهة لأنه ثابت النسب ، بخلاف مالو كان من زنا لأن الزنا لاعدة له أصلا فافهم (قوله لأنها أجل) أى لأن العدة أجل فلا يشترط العلم بمضيه أى بمضى الأجل اه ح وفى عامة النسخ لأنهما بضمير التثنية أى عدة الطلاق وعدة الموت :

قلت : وهذا مبنى على تعريف البدائع من أن العدة أجل ضرب لانقضاء مابقى من آثار النكاح وقدمنا ترجيحه (قوله فلو طلق) تفريع على المتن ط (قوله من وقت البيان) لأنه إنشاء من وجه بحر ، وهذه الجملة بمنزلة الاستثناء من قوله ومبدأ العدة بعد الطلاق والموت اه ح . قال فى الشرنبلالية : قوله وابتداؤها عقيبهما أى عقيب الطلاق والموت يستثنى منه من بين طلاقها فإن عدتها من وقت البيان لامن وقت قوله إحدا كما طالق ، وإن مات قبل البيان لزم كلا منهما عدة الوفاة تستكمل فيها ثلاث حيض كما فى البزازية اه وسيأتى استثناء مسائل أخر فى كلامه (قوله عدلا) أى الشاهدان أى زكاهما غيرهما ليصح القضاء بشهادتهما على ماعرف فى موضعه (قوله من وقت الشهادة) على حذف مضاف : أى من وقت تحمل الشهادة لأن من وقت أدائها ، فإنهما لو شهدا فى المحرم أنه طلقها فى شوال كان ابتداء العدة من شوال كما تقدم ح :

قلت : والظاهر أن يراد وقت الشهادة على ظاهره بناء على أن أداءها حصل وقت التحمل لأنها شهادة حسبة يفسق الشاهد بتأخيرها بلا عذر فلا تقبل كما أشار إليه فى البحر (قوله بخلاف الخ) مرتبط بقوله فالعدة من وقت الطلاق (قوله فإن الفتوى أنها من وقت الإقرار مطلقا) أى سواء صدقته أم كذبته أم قالت لا أدرى كما يدل عليه السياق . قال فى البحر : وظاهر كلام محمد فى المبسوط : وعبارة الكنز اعتبارها من وقت الطلاق إلا أن المتأخرين اختاروا وجوبها من وقت الإقرار حتى لايحل له التزوج بأختها وأربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها وهو المختار كما فى الصغرى اه ووفق السعدى بحمل كلام محمد على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذى أسند الطلاق إليه ، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامهما ظاهر فلا يصدقان فى الإسناد : قال فى البحر : وهذا هو التوفيق

نفيا لتهمة المواضعة، لكن (إن كذبته) فى الإسناد أو قالت لا لاأدرى (وجبت) العدة (من وقت الإقرار ولها النفقة والسكنى، وإن صدقته فكذلك غير أنه) إن وطئها لزمه مهر ثان اختيار، و (لانفقة) ولا كسوة (ولاسكنى) لها لقبول قولها على نفسها خانية . وفيها : أبانها ثم أقام معها زمانا ، إن مقرا بطلاقها تنقضى عدتها لاإن منكرا ه
وفى أول طلاق جواهر الفتاوى : أبانها وأقام معها فإن اشتهر طلاقها فيما بين الناس تاقضى وإلا لا ؛ وكذا لو خالعها، فإن بين الناس وأشهد على ذلك تنقضى وإلا لا هو الصحيح، وكذا لو كتم طلاقها لم تنقض زجرا اه

إن شاء الله تعالى . وفى الفتح أن فتوى المتأخرين مخالفة للأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين ، وحيث كانت مخالفتهم للتهمة فينبغى أن يتحرى به محالها والناس الذين هم مظانها ، ولهذا فصل السغدى بما مر اه ملخصا، وأقره فى البحر والنهر (قوله نفيا لتهمة المواضعة) أى الموافقة على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين أو ليتزوج أختها أوأربعا سواها فتح (قوله لكن الخ) استدراك على ماقبله حيث سكت فيه عن بيان النفقة والسكنى فإن فيها فرقا بين التصديق والتكذيب ، وكان الأخصر أن يقول فإنه الفتوى أنها إن كذبته الخ (قوله إن وطئها لزمه مهر ثان) ينبغى تقييده بما إذا كان فى عدة مادون الثلاث أو فى عدة الثلاث ، لكن مع ظنه الحل لما قدمناه عن البزازية أنه لو وطئها فى عدة الثلاث مع العلم بالحرمة كان زنا . بقى هل يتكرر المهر بتكرر الوطآت؟ ذكر فى البحر فى باب المهر عن الخلاصة : لو وطئ المعتدة من ثلاث وادعى الشبهة يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر ؟ قيل إن كانت الطلقات الثلاث جملة فظن أنها لم تقع فهو ظن فى موضعه فيلزمه مهر واحد، وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها حلال فهو ظن فى غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر اه تأمل (قوله ولا نفقة الخ) أى إذا كان الزمن الماضى استغرق العدة ،أما إذا بقى منها شىء تجب النفقة والسكنى فيه ط (قوله لقبول قولها على نفسها) أى فى حق نفسها فيسقط ماوجب لها .

قال فى البحر : والحاصل أنها إن كذبته فى الإسناد أو قالت لا أدرى فمن وقت الإقرار ،وإن صدقته ففى حقها من وقت الطلاق وفى حق الله تعالى من وقت الإقرار اه . وفيه أن السكنى من حق الله تعالى ومقتضاه لزومها وإن صدقته ط .

قلت : وليس فى عبارة البحر لفظ السكنى بل عبارته ولكن لانفقة لها ولا كسوة إن صدقته وهكذا فى النهر . وأصل المسألة فى الخانية كما عزاه الشارح إليها . وعبارتها :وفى الفتوى عليها العدة من وقت الإقرار ولا يظهر أثر تطليقها إلا فى إبطال النفقة ، فقد ظهر أن ذكر السكنى فى كلام المصنف مستدرك فافهم (قوله ثم أقام معها) أطلقه فشمل ما إذا وطئها أولا اه ط (قوله إن مقرا بطلاقها تنقضى عدتها) أى يكون ابتداؤها من وقت الطلاق والظاهر أن المراد إقراره به بين الناس لا مجرد إقراره به عندها مع تصديقها له ، وأن المراد إقراره به من حين التطليق ، وبه ظهر الفرق بين هذه المسألة ومسألة المتن فإنها مفروضة فيما لو كتم طلاقها ثم أقر به بعد زمان وظهر أيضا عدم مخالفته للتصحيح الآتى عن جواهر الفتاوى من اعتبار الاشتهار ولا لما سيأتى فى الفروع من اعتباره أيضا فافهم (قوله فإن اشتهر الخ) فلو طلقها ثلاثا بعد هذه الطلقة المشتهرة لا تقع الثلاث كما سيأتى فى الفروع (قوله وكذا لو خالعها) هو داخل تحت قوله أبانها ، لكن الإبانة قد تكون بدون علمها بخلاف المخالعة لأنها مفاعلة فأشار إلى أنه لا فرق فى اشتراط الاشتهار بين كونها عالمة أولا فافهم (قوله وأشهد) أشار إلى أن الاشتهار لابد أن يكون بإقراره بين الناس لابمجرد سماعهم من غيره وإلى أن إقراره عند رجلين يكفى فلا يلزمه الإقرار عند أكثر ، فإن الشهادة إشهار كما قالوه فى النكاح من أن الإعلان الذى قال باشتراطه الإمام مالك يحصل بالشاهدين فافهم (قوله وكذا لو كتم طلاقها لم تنقض زجرا) أى زجرا له عن الكتمان ، وهذا

وحينئذ فمبدؤها من وقت الثبوت والظهور (و) مبدؤها (فى النكاح الفاسد بعد التفريق من القاضى بينهما ، ثم لو وطئها حد جوهرة وغيرها ، وقيده فى البحر بحثا بكونه بعد العدة لعدم الحد بوطء المعتدة (أو) المتاركة

التعليل ذكره فى الخانية ، وتقدم تعليل آخر وهو قوله نفيا لتهمة المواضعة ، وهو مذكور فى الهداية . وذكر هذه المسألة مكرر بما مر فى المتن لأنه مفروض فيما لو كتم طلاقها ثم أخبر به بعد زمان كما مر . وفى بعض النسخ ولذا باللام وهى أولى .

والحاصل أنه إن كتمه ثم أخبر به بعد مدة فالفتوى على أنه لا يصدق فى الإسناد بل تجب العدة من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبته ، وإن لم يكتمه بل أقر به من وقت وقوعه ، فإن لم يشتهر بين الناس فكذلك ، وإن اشتهر بينهم تجب العدة من حين وقوعه وتنقضى إن كان زمانها مضى ، وهذا إذا لم يكن وطئها بشبهة ظن الحل وإلا وجبت بالوطء عدة أخرى وتداخلتا كما مر ، وكذا كلما وطئها تجب عدة أخرى فلا يحل لها التزوج بآخر مالم تمض عدة الوطء الأخير ، بخلاف ما إذا كان الوطء بلا شبهة فإنه لايوجب عدة لتمحضه زنا والزنا لا يوجب عدة كما مر ، فلها التزوج بآخر كما صرح به فى التتارخانية فى الفصل الثانى والعشرين من الطلاق : أى إذا كان الطلاق مشتهرا ومضت عدته كما علمته وإلا فلا ، ولحوق الثلاث بعد هذه الطلقة على هذا التفصيل كما سيأتى فى الفروع (قوله وحينئذ فمبدؤها من وقت الثبوت والظهور) أى وحين إذ علمت هذا التفصيل الذى ذكرنا حاصله ظهر أن هذه المسائل إذا لم يكن الطلاق فيها مشتهرا يكون مبدأ العدة من وقت الثبوت أى ثبوت الطلاق وظهوره بينهم ، فقوله والظهور عطف تفسير أى يكون مبدؤها من وقت إقراره به بين الناس فتكون هذه المسائل مستثناة أيضا من قوله ومبدأ العدة بعد الطلاق ، بخلاف ما إذا كان مشتهرا من الأصل فإنها تكون من وقت الطلاق ، وقد علمت أن الإقرار فى عبارة الخانية بمعنى الإشهار بين الناس من حين التطليق ، هكذا ينبغى حل هذا المقام فافهم (قوله ومبدؤها فى النكاح الفاسد بعد التفريق الخ) وقال زفر : من آخر الوطآت ، لأن الوطء هو السبب الموجب .

ولنا أن السبب الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق ، ألا ترى أنه لو وطئها قبل التفريق لايجب الحد وبعده يجب ، فلا تصير شارعة فى العدة مالم ترتفع الشبهة بالتفريق كما فى الكافى وغيره اه سائحانى .

قلت : ولم أر من صرح بمبدإ العدة فى الوطء بشبهة بلا عقد . وينبغى أن يكون من آخر الوطآت عند زوال الشبهة ، بأن علم أنها غير زوجته ، وأنها لاتحل له إذ لاعقد هنا فلم يبق سبب للعدة سوى الوطء المذكور كما يعلم مما ذكرنا ، والله أعلم (قوله بعد التفريق من القاضى) أى عقبه ، وهذا إذا كان فى زمان يصلح لابتدائها فلايشكل بما إذا فرق فى الحيض فإنه يعتبر ابتداؤها بعده إذ لابد من ثلاث حيض أفاده القهستانى ، والمراد بالتفريق أن يحكم القاضى به بينهما كما فى البحر عن العناية تأمل (قوله وقيده فى البحر بحثا الخ) أقول : لوكان مرادهم وجوب الحد إذا كان الوطء بعد العدة لم يبق لذكره فائدة ، إذ هذا حكم النكاح الصحيح فيعلم منه الفاسد بالأولى ، وقد نازعه العلامة المقدسى بقوله . وقد يقال هذه العدة تخالف غيرها فى هذا الحكم لأنها أثر نكاح فاسد كما خالفته فى أنها لاتعتد فى بيت الزوج اه . وأيضا فقد رده السائحانى بأن هذا البحث وإن تابعه عليه غير واحد فيه غفلة عن فهم تعليل المسألة ، وهو مامر فى الرد على زفر من ارتفاع الشبهة بالتفريق الخ أى فلم يبق بعد التفريق مايندرئ به الحد . ورده الرحمتى أيضا بما حاصله أن درء الحد قبل التفريق بشبهة العقد والعدة بعده تكون شبهة الشبهة وهى غير معتبرة ، بخلاف عدة الثلاث فى النكاح الصحيح إذا ظن الحل فإنها شبهة الفعل لأنها محبوسة فى بيته ونفقته دارة عليها وهنا لانفقة ولا احتباس اه .

أى (إظهار العزم) من الزوج (على ترك وطئها) بأن يقول بلسانه تركتك بلا وطء ونحوه ، ومنه الطلاق وإنكار النكاح لو بحضرتها وإلا لا لامجرد العزم لو مدخولة وإلا فيكفى تفرق الأبدان . والخلوة فى النكاح الفاسد لاتوجب العدة ، والطلاق فيه لاينقص عدد الطلاق لأنه فسخ جوهرة . ولا تعتد فى بيت الزوج بزازية .
(قالت : مضت عدتى والمدة تحتمله وكذبها الزوج قبل قولها مع حلفها وإلا) تحتمله المدة (لا) لأن الأمين إنما يصدق فيما لايخالفه الظاهر ، ثم لو بالشهور فالمقدر المذكور ، ولو بالحيض فأقلها لحرة ستون يوما

قلت : لكن يشكل عليه ماصرح به فى البحر وغيره من أنه لو تزوج فاسدا أخت امرأته تحرم عليه امرأته إلى انقضاء العدة ، وهذا يدل على بقاء أثر هذا النكاح بالنسبة إليه . وقد يجاب بأن بقاء أثره بالعدة لايمنع كون وطئه فيها زنا به ، كما لو وطىء معتدته من الثلاث عالما بحرمتها فإنه زنا يحد به مع بقاء أثر النكاح قطعا (قوله من الزوج) قيد به لأن ظاهر كلامهم أنها لاتكون من المرأة . قال فى البحر : ورجحنا فى باب المهر أنها تكون من المرأة أيضا ، ولذا ذكر مسكين من صورها أن تقول فارقتك اهـ ورجحه باتفاقهم على أن لكل منهما فسخ هذا النكاح والفسخ متاركة اهـ . قال فى النهر : وقدمنا مايدفعه اهـ أى ذكر هناك أن المتاركة فى معنى الطلاق فيختص بها الزوج اهـ . ورده الخير الرملى بأنه لا طلاق فى النكاح الفاسد ، وتقدم تمامه هناك وأن المقدسى تابع البحر (قوله ونحوه) بالنصب عطف على قوله تركتك أى كخليت سبيلك أو فارقتك (قوله ومنه) أى من النحو أو من الإظهار (قوله لا مجرد العزم) بالرفع عطفا على الطلاق أو بالجر عطفا على إظهار العزم قصد به التنبيه على مافى الكنز وغيره من قوله أو العزم على ترك وطئها وأنه على تقدير مضاف أى إظهار العزم كما عبر المصنف تبعا لابن كمال ، لما فى العناية أن العزم أمر باطن لايطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الإخبار به (قوله وإلا فيكفى تفرق الأبدان) أى مع العزم على تركها . قال فى البحر من المهر : وأما غير المدخول بها فتتحقق المتاركة بالقول ، وبالترك عند بعضهم وهو تركها على قصدان لا يعود إليها ، وعند البعض لا تكون المتاركة إلا بالقول فيهما (قوله والخلوة فى النكاح الفاسد) أى سواء كانت صحيحة أو فاسدة ح . وفيه أنها لا تكون إلا فاسدة لأنه ممنوع شرعا عن وطئها كالخلوة بالحائض ، لكن المراد فسادها بغير فساد النكاح بأن كان ثم مانع آخر (قوله لاتوجب العدة) أى ولا المهر وإنما يجبان بحقيقة الوطء (قوله ولا تعتد فى بيت الزوج) لأنها فى حال قيام العقد لاحق له عليها فى احتباسها فى بيته فبعده أولى ، لكن سيأتى فى الفصل الآتى خلافه ، فما هنا أحد قولين ، ويأتى تمامه .

[تتمة] ذكر فى البحر أنه قدم فى النكاح الفاسد من باب المهر أن المراد بهذه العدة عدة المتاركة : فلاعدة عليها بموته إلا الحيض بعد الدخول وأنه لاحداد ولا نفقة فيها ، وأنه تحرم عليه امرأته لو تزوج أختها فاسدا إلى انقضاء العدة ، وأن وجوبها فى القضاء . أما فى الديانة لو علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا حل لها التزوج بلاتفريق ونحوه ، وأن الأرجح عدم اشتراط علمها بالمتاركة (قوله قالت مضت عدتى الخ) اعلم أن انقضاء العدة لاينحصر فى إخبارها بل يكون به وبالفعل ، بأن تزوجت بآخر بعد مدة تنقضى فى مثلها العدة ، فلو قالت بعده لم تنقض لم تصدق ، لأن الإقدام عليه دليل الإقرار بحر عن البدائع (قوله وكذبها الزوج) وأما إذا ادعى هو مضى عدتها وكذبته فسيأتى آخر الفروع (قوله قبل قولها مع حلفها) أى لو كانت مرضعا لأنه يتصور من بعضهن كما فى الانقروى سائحانى (قوله ثم لو بالشهور الخ) شروع فى بيان أدنى ماتحتمله المدة (قوله فالمقدر المذكور) أى إذا كانت ممن تعتد بالشهور فلابد من مضى المقدر شرعا المذكور فيما مر ، وهو ثلاثة أشهر للحرة ونصفها للأمة (قوله ستون يوما)

ولأمة أربعون ، مالم تدع السقط كما مر فى الرجعة ، ومالم يكن طلاقها معلقا بولادتها فيضم لذلك خمسة وعشرين للنفاس كما مر فى الحيض .

(نكح) نكاحا صحيحا (معتدته) ولو من فاسد (وطلقها قبل الوطء) ولوحكما (وجب عليه مهر تام و)

فيجعل كأنه طلقها فى الطهر بعد الوطء ، ويؤخذ لها أقل الطهر خمسة عشر لأنه لاغاية لأكثره ، وأوسط الحيض خمسة لأن اجتماع أقلهما نادر ، فثلاثة أطهار بخمسة وأربعين ، وثلاث حيض بخمسة عشر فصارت ستين ، وهذا على تخريج محمد لقول الإمام ، وعلى تخريج الحسن له يجعل كأنه طلقها فى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها ويؤخذ لها أقل الطهر وأكثر الحيض ليعتدلا ، فطهران بثلاثين يوما ، وثلاث حيض بثلاثين أيضا . وعندهما أقل مدة تصدق فيها الحرة تسعة وثلاثون يوما ، ثلاث حيض بتسعة أيام ، وطهران بثلاثين أفاده ط (قوله ولأمة أربعون) هذا على تخريج محمد : طهران بثلاثين ، وحيضتان بعشرة ، وعلى تخريج الحسن : خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر ، وحيضتان بعشرين ط . وفى بعض نسخ البحر أنه على رواية الحسن ثلاثون وصوابه خمسة وثلاثون كما فى البدائع وغيرها (قوله مالم تدع السقط) غاية لاشتراط المدة المذكورة فى الحرة والأمة . قال ط : والمراد السقط الذى ظهر بعض خلقه ولابد من مدة يحتمل فيها ظهور ذلك اه أى فلو نكحها ثم طلقها بعد شهر مثلا لايقبل قولها لأنه لايستبين بعض خلقه قبل أربعة أشهر كما تقدم ، وأشار إلى أنها لو ادعت انقضاء العدة ولم تقر بسقط لاتصدق وقيل تصدق لاحتماله . قال فى النهر : والظاهر الأول . وقال الرملى : والثانى ضعيف كما تقدم فى باب الرجعة فراجعه اه (قوله كما مر فى الرجعة) حيث قال هناك ثم إنما تعتبر المدة لو بالحيض لا بالسقط ، وله تحليفها أنه مستبين الخلق ، ولو بالولادة لم تقبل إلا ببينة ولو حرة فتح اه .

قال فى البحر : وفيه نظر ، فقد صرحوا فى باب ثبوت النسب أن عدتها تنقضى بإقرارها بوضع الحمل ، وأن توقف الولادة على البينة إنما هو لأجل ثبوت النسب (قوله ومالم يكن) عطف على مالم تدع (قوله معلقا بولادتها) مثله مالو أوقعه عقب الولادة بلا فاصل ط (قوله فيضم) بالبناء للفاعل وضميره عائد إلى الإمام ، وقوله خمسة وعشرين مفعوله ، وفى نسخة وعشرون بالرفع على أن يضم مبنى للمفعول (قوله كما مر فى الحيض) حيث قال ولاحدّ لأقله : أى النفاس إلا إذا احتيج إليه لعدة ، كقوله إذا ولدت فأنت طالق فقالت مضت عدتى ، فقدره الإمام بخمسة وعشرين يوما مع ثلاث حيض والثانى بأحد عشر ، والثالث بساعة اه .

قلت : وعليه فإذا طلقت عقب الولادة فلابد من مضى خمسة وعشرين للنفاس ثم تعتد بستين يوما كما مر ، فأقل مدة تصدق فيها عنده خمسة وثمانون ، وهذا على تخريج محمد لقول الإمام . وعلى تخريج الحسن أقل المدة مائة يوم بتقدير النفاس وطهره أربعين . وعلى قول الثانى أقلها خمسة وستون إذ لابد من مضى أحد عشر يوما للنفاس ثم تطهر خمسة عشر يوما ثم تعتد بتسعة وثلاثين . وعلى قول محمد أقلها أربعة وخمسون يوما وساعة ، فلابد من مضى ساعة للنفاس وخمسة عشر للطهر ثم تسعة وثلاثين ، وتقدم تمامه فى الحيض (قوله معتدته) أى من طلاق بائن غير ثلاث در منتقى ، لأنها لو كانت معتدته من رجعى فالعقد الثانى رجعة ، ولو من ثلاث لم تحل له قبل زوج آخر (قوله ولو من فاسد) بأن تزوجها فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا فى العدة ، أما عكسها بأن تزوجها أولا صحيحا ثم طلقها بعد الدخول فتزوجها فى العدة فاسدا فلا مهر ولا استئناف عدة بل عليها إتمام العدة الأولى بالاتفاق ، لأنه لايتمكن من الوطء فى النكاح الفاسد ، فلا يجعل واطئا حكما لعدم إمكان الحقيقة ، ولذا لاتجب عدة ولا مهر بالخلوة فى الفاسد ، أفاده فى البحر (قوله ولو حكما) أى ولو كان الوطء حكما وهو الخلوة والمعنى

عليها (عدة مبتدأة) لأنها مقبوضة فى يده بالوطء الأول ابقاء أثره وهو العدة ؛ وهذه إحدى المسائل العشر المبنية على أن الدخول فى النكاح الأول دخول فى الثانى، وقول زفر لاعدة عليها فتحل للأزواج أبطله المصنف بما يطول وجزم بأن القاضى المقلد إذا خالف مشهور مذهبه لاينفذ حكمه فى الأصح ،

قبل الوطء والخلوة ح (قوله لأنها مقبوضة فى يده الخ) أى فينوب عن القبض المستحق بالعقد الثانى كالغاصب إذا اشترى المغصوب الذى فى يده يصير قابضا بمجرد العقد ، فكان طلاقا بعد الدخول ؛

لايقال : الطلاق بعد الدخول يملك به الرجعة ولا رجعة له هنا لأنه لايلزم من إقامته مقام الوطء فى العقد الثانى فى حق المهر، والعدة أن يقوم مقامه فى حق الرجعة كالخلوة أقيمت مقام الوطء فى حقهما ولم تقم مقام ملك الرجعة وتمامه فى المنح ؛

قلت : وأيضا فإن الطلاق الأول بائن كما صرحوا به ، فكيف يملك الرجعة فى عدته وإن كان الثانى رجعيا (قوله وهذه إحدى المسائل العشر) وهى لو تزوج معتدته من نكاح صحيح أو معتدته من فاسد فهذه ثنتان مر بيانهما. ثالثها تزوج معتدته وهو مريض وطلقها قبل الدخول فيكون فارا. رابعها فرق بينهما بعدم الكفاءة بعد الدخول فنكحها فى العدة وفرق بينهما أيضا قبل الدخول. خامسها تزوج صغيرة أو أمة ودخل بها ثم أبانها ثم تزوجها فى العدة فبلغت أو عتقت فاختارت نفسها قبل الدخول . سادسها تزوج الصغيرة أو الأمة فاختارت نفسها بالبلوغ أو العتق بعد الدخول ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول. سابعها تزوج معتدته فارتدت قبل الدخول وباقى الصور وقع فى البحر مكررا بل الصورتان الأوليتان(١) واحدة فهى فى الحقيقة ستة فافهم .

مطلب الدخول فى النكاح الأول دخول فى الثانى فى مسائل

(قوله على أن الدخول فى النكاح الأول دخول فى الثانى) هذا عندهما . وعند محمد وزفر لايكون دخولا فى الثانى فلا عدة مبتدأة ويجب نصف المهر، لكن عند محمد يجب تكميل العدة الأولى . وعند زفر لايجب اهـ ح أى فتحل للأزواج فيصلح حيلة لإسقاط عدة المحلل، بأن يطلقها بعد الدخول ثم يعقد عليها ثم يطلقها قبل الدخول فتحل للأول بلا عدة (قوله أبطله المصنف بما يطول) نقل ح عبارة المصنف بطولها .

وحاصلها أنه قال : وقد يقع كثيرا فى ديارنا العمل بقول زفر من بعض القضاة الذين لاخوف لهم طمعا فى تحصيل الحطام الفانى . قال الكمال فى فتحه : وما قاله زفر فاسد لاستلزامه إبطال المقصود من شرعيتها وهو عدم اشتباه الأنساب ، ومع ذلك هو مجتهد فيه بل صرح فى جامع الفصولين بأنه لو قضى به قاض نفذ قضاؤه لأن للاجتهاد فيه مساغا ، وهو موافق لصريح قوله تعالى — وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها — اهـ .

والوجه عندى فى هذا الزمان عدم نفاذه ، لأنه إنما يقع لأخذ المال بمقابلته كما هو المعهود من قضاة زماننا . وقد سئل شيخنا شيخ الإسلام الكرخى عما يفعله بعض القضاة من الأخذ بقول زفر بعدم العدة فقال : قال بعض المحققين : إن ماقاله زفر فاسد . وذكر بعض العلماء عن زفر أنه يوافق المشايخ الثلاثة فى عدم حل الوطء للأول قبل العدة وإن صح نكاحه إذ لايلزم من صحته حل الوطء، لكن المشهور عن زفر الأول وهو الذى يفعله

---

(١) (قوله الأوليتان) كذا بخط المحشى، وصوابه الأوليان بحذف التاء ، قاله نصر الهورينى.

كما لو ارتشى إلا إن نص السلطان على العمل بغير المشهور فيسوغ فيصير حنفياً زفريا ، وهذا لم يقع بل الواقع خلافه فليحفظ :

(ذمية غير حامل طلقها ذمى أو مات عنها لم تعتد) عند أبى حنيفة (إذا اعتقدوا ذلك) لأنا أمرنا بتركهم وما يعتقدون (ولو) كانت الذمية (حاملا تعتد بوضعه) اتفاقا ، وقيد الولوالجى بما إذا اعتقدوها .

(و) الذمية (لو طلقها مسلم) أو مات عنها (تعتد) اتفاقا مطلقا لأن المسلم يعتقده (وكذا لاتعتد مسبية افترقت بتباين الدارين) لأن العدة حيث وجبت إنما وجبت حقا للعباد ، والحربى ملحق بالجماد (إلا الحامل)

قضاة زماننا لاكثر الله تعالى منهم فيزوّجون فى حالة الطلاق قبل الاستئجال ولا ينظرون إلى مانص عليه علماؤنا من أن القاضى إذا ارتشى فى حادثة لاينفذ حكمه فيها ، والمقلد إذا خالف إمامه فى مسألة لاينفذ حكمه فيها على الأصح ،ومراد من قال بنفاذ حكم القاضى فى هذه المسألة القاضى المجتهد كما نص عليه المحققون . قال الشيخ حافظ الدين : لاخفاء أن علم قضاتنا ليس بشبهة فضلا عن الحجة قاله عن قضاة زمانه وبلاده ، فكيف اليوم وأكثرهم جاهلون ، نعوذ بالله تعالى من الجراءة على أحكام الله تعالى بلا علم ، وليس للقاضى المقلد إلا اتباع مشهور المذهب ولا سيا الذى يقول له السلطان وليتك القضاء على مذهب فلان ، وقد عمل المتأخرون بقول زفر فى مسائل معروفة لموافقتها الدليل والعرف ، وأعرضوا عن هذه لما فيها من خطر الشبهة لاختلاط الأنساب ، ولقد صحبت العلماء العاملين الأكابر قريبا من سبعين سنة فلم أر أحدا منهم أفتى بها ولا حكم بها ولا سمعته عنهم ، فجزاهم الله تعالى خيرا وقدس أرواحهم ، حيث اجتنبوا ماريب واستمسكوا بما لايريب اه (قوله إلا إن نص السلطان الخ) فيه نظر لاقتضائه أن مخالفة القاضى مشهور المذهب تصح إذا نص له السلطان مع أنا قدمنا فى هذا الباب مامر أول الكتاب من أن الحكم والفتيا بالقول المرجوح جهل وخرق للإجماع تأمل (قوله طلقها ذمى) احترز به عن المسلم كما يأتى (قوله لم تعتد عند أبى حنيفة) فلو تزوجها مسلم أو ذمى فى فور طلاقها جاز كما فى فتح القدير بحر :

قلت : والفرق بين هذه وبين ما إذا كان زوّجها مسلما حيث تعتد ما أفاده بقوله لأنها حقه ومعتقده : أى أن العدة إنما تجب حقا للزوج ، فإذا كان كافرا لايعتقدها لا تجب له وإن تزوجها مسلم ، بخلاف ما إذا كان الزوج مسلما فتجب لأجل حقه واعتقاده وإن تزوجها ذمى مثلها وكان لايعتقدها ؛ وبه سقط مابحثه فى النهر من باب نكاح الكافر من أنه ينبغى أن لايختلف فى وجوبها إذا تزوجها مسلم لأنه يعتقد وجوبها الخ إذ لايخفى أنه يعتقد وجوبها لنفسه لتحصين مائه ولا يعتقد وجوبها لكافر ، لأنه إنما يعتقد ماثبت عند مجتهده ، نعم ذكر فى الخانية هناك الذمى إذا أبان امرأته الذمية فتزوجها مسلم أو ذمى من ساعته ذكر بعض المشايخ أنه يجوز نكاحها ولا يباح له وطؤها حتى يستبرئها بحيضة فى قول أبى حنيفة ، وفى قول صاحبيه نكاحها باطل حتى تعتدّ بثلاث حيض (قوله لأنا أمرنا بتركهم وما يعتقدون) فحيث لم يعتقدوها حقا لأنفسهم لانلزمهم بها أى أمرنا بتركهم ومعتقدهم ، فما مصدرية والمصدر المنسبك فى محل نصب على أنه مفعول معه (قوله وقيد الولوالجى الخ) قال فى البحر بعد نقله : وأطلقه فى الهداية معللا بأن فى بطنها ولدا ثابت النسب . وعن الإمام : يصح العقد عليها ولا يطؤها كالحامل من الزنا والأول أصح اه مافى الهداية (قوله اتفاقا) أى بين الإمام وصاحبيه ، وقوله مطلقا : أى سواء كانت حائلا أو حاملا منح ، وسواء اعتقدتها هى أولا (قوله لأن المسلم يعتقده) أى يعتقد لزوم الاعتداد من نكاحه فكانت حق آدمى ، فتخاطب به الذمية وإن كان فيها حق الله تعالى (قوله والحربى ملحق بالجماد) حتى كان محلا للتملك هداية أى والجماد لايراعى حقه وإن اعتقدها (قوله لا لأنها معتدة الخ) المذكور فى حاشية العلامة نوح على الدرر

فلا يصح تزوجها لالأنها معتدة ، بل لأن فى بطنها ولدا ثابت النسب (كحربية خرجت إلينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت وصارت ذمية) لما مر أنه ملحق بالجماد (إلا الحامل) لما مر (وكذا لاعدة لو تزوج امرأة الغير) ووطئها (عالما بذلك) وفى نسخ المتن (ودخل بها) ولابد منه وبه يفتى ، ولهذا يحد مع العلم بالحرمة لأنه زنا ، والمزنى بها لاتحرم على زوجها .

وفى شرح الوهبانية : لو زنت المرأة لايقربها زوجها حتى تحيض لاحتمال علوقها من الزنا فلا يسقى ماؤه زرع غيره ، فليحفظ لغرابته (بخلاف ما إذا لم يعلم) حيث تحرم على الأول إلا أن تنقضى العدة ، ولا نفقة لعدتها على الأول لأنها صارت ناشزة خانية .

قلت : يعنى لو عالمة راضية كما مر فتدبر .

أنها معتدة بلا خلاف ، فلا يجوز نكاحها مالم تضع ، لأن فى بطنها ولدا ثابت النسب فيمنع التزوج كحمل أم الولد يمنع المولى من تزويجها ، لأن الولد إذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين اه ملخصا فافهم . وروى عنه أنها فى حكم الحبلى أى من الزنا ، وهو اختيار الكرخى قهستانى (قوله كحربية الخ) بخلاف ما إذا هاجر الزوج مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم صار مسلما أو ذميا وتركها فإنه لا عدة عليها هناك إجماعا ، حتى جاز له تزوج أختها أو أربع سواها كما دخل دارنا لعدم تبليغ الأحكام لها ثمة لا لأنها غير مخاطبة بالعدة لأنها حق الآدمى فتخاطب بها فتح (قوله خرجت إلينا) فى نكاح الهداية والمضمرات وغيرهما أن الخروج ليس بشرط لأنهم قالوا لو أسلمت فى دار الحرب ومضى ثلاث حيض بانت منه ولا عدة عليها عنده خلافا لهما قهستانى (قوله إلا الحامل لما مر) أى من أن فى بطنها ولدا ثابت النسب (قوله ووطئها) أى المتزوج ، وهو معنى قوله ودخل بها لكنه لما كان موجودا فى نسخ المتن المجردة وقد أسقطه المصنف من النسخة التى شرح عليها علم أن المصنف عوّل على عدم ذكره فذكر الشارح قوله ووطئها لأنه لابد من هذا القيد تأمل (قوله ولهذا) أى لكونه لاعدة عليها ، وقوله لأنه زنا علة للعلة فتكون علة للمعلول أيضا بواسطة ، ولو قدم العلة الثانية على الأولى لكان أولى (قوله والمزنى بها لاتحرم على زوجها) فله وطؤها بلا استبراء عندهما . وقال محمد : لا أحب له أن يطأها مالم يستبرئها كما مر فى فصل المحرمات (قوله لايقربها زوجها) أى يحرم عليه وطؤها حتى تحيض وتطهر كما صرح به شارح الوهبانية ، وهذا يمنع من حمله على قول محمد لأنه يقول بالاستحباب ، كذا قاله المصنف فى المنح فى فصل المحرمات وقدمنا عنه أن مافى شرح الوهبانية ذكره فى النتف وهو ضعيف ، إلا أن يحمل على ما إذا وطئها بشبهة اه فافهم (قوله فليحفظ لغرابته) أمر بحفظه لا ليعتمد بل ليجتنب بقرينة قوله لغرابته ، فإن المشهور فى المذهب أن ماء الزنا لاحرمة له لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شكا إليه امرأته « إنها لاتدفع يد لامس : طلقها ، فقال إنى أحبها وهى جميلة ، فقال له صلى الله عليه وسلم استمتع بها » وأما قوله « فلا يسقى ماؤه زرع غيره » فهو وإن كان واردا عنه صلى الله عليه وسلم ، لكن المراد به وطء الحبلى لأنه قبل الحبل لايكون زرعا بل ماء مسفوحا ، ولهذا قالوا : لو تزوج حبلى من زنا لايقربها حتى تضع لئلا يسقى زرع غيره ، لأن به يزداد سمع الولد وبصره حدة .

فقد ظهر بما قررناه الفرق بين جواز وطء الزوجة إذا رآها تزنى وبين عدم جواز وطء التى تزوجها وهى حبلى من زنا فاغتنمه (قوله لو عالمة راضية) فإن لم تكن عالمة بأن راجعها وهى لاتشعر أو أكرهها على النكاح لم تكن ناشزة لأنها لم تقصد منع نفسها عن الأول أفاده ط (قوله كما مر) أى فى شرح قول المصنف والموطوء بشبهة

[فروع] أدخلت منيه فى فرجها هل تعتد فى البحر بحثاً ؟ نعم لاحتياجها لتعرف براءة الرحم . وفى النهر بحثا إن ظهر حملها نعم وإلا لا :

وفى القنية : ولدت ثم طلقها ومضى سبعة أشهر فنكحت آخر لم يصح إذا لم تحض فيها ثلاث حيض وإن لم تكن حاضت قبل الولادة لأن من لاتحيض لاتحبل . وفيها : طلقها ثلاثا ويقول كنت طلقتها واحدة ومضت عدتها فلو مضيها معلوما عند الناس لم يقع الثلاث وإلا يقع ولو حكم عليه بوقوع الثلاث بالبينة بعد إنكاره ،

وقد أطال هناك على ماهنا ط (قوله أدخلت منيه) أى منى زوجها من غير خلوة ولا دخول ، أما لو أدخلت منى غيره فقد قدمناه فى الموطوءة بشبهة (قوله فى البحر بحثا نعم) حيث قال ولم أر حكم مااذا وطئها فى دبرها أو أدخلت منيه فى فرجها ثم طلقها من غير إيلاج فى قبلها . وفى تحرير الشافعية وجوبها فيهما ، ولابد أن يحكم على أهل المذهب به فى الثانى لأن إدخال المنى يحتاج إلى تعرف براءة الرحم أكثر من مجرد الإيلاج اه يعنى وأما فى الأول فلا ، لأن الوطء فى الدبر إن كان فى الخلوة فالعدة تجب بالخلوة ، وإن كان بغير خلوة فلا حاجة إلى تعرف البراءة لأنه سفح الماء فى غير محل الحرث فلا يكون مظنة العلوق (قوله وفى النهر الخ) حيث قال : أقول ينبغى أن يقال إن ظهر حملها كان عدتها وضع الحمل وإلا فلا عدة عليها اه :

واعترضه بعض الأفاضل بأن الانتظار إلى ظهور الحمل وعدمه هو العدة التى فررت منها وإن جوزت تزوجها بعد إدخال المنى احتجت إلى نقل اه .

أقول : سنذكر فى الاستيلاد عن البحر عن المحيط مانصه : إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزل فأخذت الجارية ماءه فى شئ فاستدخلته فرجها فى حدثان ذلك فعلقت الجارية وولدت فالولد ولده والجارية أم ولد له اه فهذا الفرع يؤيد بحث صاحب البحر اه ح . قلت : ويؤيده أيضا إثباتهم العدة بخلوة المجبوب ، وماذاك إلا لتوهم العلوق منه بسحقه (قوله ومضى سبعة أشهر) لعل الأولى تسعة بتقديم التاء على السين ليكون إشارة إلى مامر نظما عن الإمام مالك من أن ممتدة الطهر تنقضى عدتها بتسعة أشهر ، فالمعنى أنه لم يصح مالم تحض وإن مضى تسعة أشهر تأمل (قوله لم يصح الخ) هذا ظاهر إذا صدقها الزوج فى أنها لم تحض ، وإلا فالقول له لما قدمناه عن البدائع عند قوله قالت مضت عدتى ، ومثله ماقدمناه فى الرجعة عن البزازية من أن المطلقة لوقالت للثانى تزوجتنى فى العدة ، إن كان بين الطلاق والنكاح أقل من شهرين صدقت عنده وفسد النكاح ، وإن أكثر لا وصح النكاح لأن الإقدام على النكاح إقرار بمضى العدة (قوله لأن من لاتحيض لاتحبل) أى فلما حبلت تبين أنها من أهل الحيض فلا تنقضى عدتها إلا بثلاث حيض (قوله فلو مضيها معلوما عند الناس) أى بأن كان أقر وقت الطلاق به وأشهره بينهم ومضت مدة يمكن فيها انقضاء العدة تنقضى وإن كان مقيما معها لأن إقامته معها بعد اشتهار الطلاق لاتمنع مضيها فى الصحيح كما قدمه عن جواهر الفتاوى ، لكن إذا وطئها عالما بالحرمة بلا شبهة كان زنا فلا تجب عدة أخرى ، ولو كان الوطء بشبهة وجب لكل وطء عدة أخرى وتداخلت مع التى قبلها ، فلا يحل تزوجها بغيره قبل انقضاء العدة من الوطء الأخير ؛ ولو طلقها ثلاثا بعد انقضاء عدة الطلاق الأول لم تقع وإن كانت فى عدة الوطء كما قدمناه عن البزازية ، وبه ظهر جواب حادثة الفتوى فى رجل أبان زوجته بلفظ الحرام فاستفتى شافعيا فأفتاه بأنه رجعى وأقام معها مدة ثم أبانها كذلك فراجعها له شافعى أيضا ومضت مدة طويلة أيضا ثم أبانها أيضاً كذلك فأفتاه شافعى بكفارة يمين ثم طلقها الآن ثلاثا وكان مقرا بالثلاث الأول واشتهرت بين الناس وكان كل واحد بعد انقضاء عدة الذى قبله ، ومقتضى مامر أنه لايقع عليه سوى طلقة واحدة وهى الأولى حيث كانت

فلو برهن أنه طلقها قبل ذلك بمدة طلقة لم يقبل بحر .

وفيه عن الجوهرة : أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات أو طلقها ثلاثا أو أتاها منه كتاب على يد ثقة بالطلاق؛ إن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس أن تعتد وتتزوج ، وكذا لو قالت امرأته لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى لابأس أن ينكحها .

وفيه عن كافى الحاكم : لو شكت فى وقت موته تعتد من وقت تستيقن به احتياطا .

وفيه عن المحيط : كذبته فى مدة تحتمله لم تسقط نفقتها ، وله نكاح أختها عملا بخبريهما بقدر الإمكان ،

مشهورة وهو مقر بها ومضت عدتها فلا تقع الثانية ولا مابعدها وإن وطئها فى تلك العدة لأنه وطء شبهة كما علمته ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله لم يقبل) أى لأن العدة من هذه الطلقة لاتنقضى مالم يكن الطلاق مشتهرا كما علمته ولو كان مشتهرا لتمسك به قبل الحكم عليه بالثلاث لأنه مانع من صحة الحكم بها ، فعدوله عن ذلك إلى إنكار الثلاث دليل على كذبه فلا يقبل منه ، فلا ينافى قولهم إن الدفع بعد الحكم صحيح ، هذا ماظهر لى (قوله على يد ثقة) هذا غير قيد كما فى الولوالجية .

مطلب فى المنعى إليها زوجها

وفى جامع الفصولين أخبرها واحد بموت زوجها أو بردته أو بتطليقها حل لها التزوج ، ولو سمع من هذا الرجل آخر له أن يشهد لأنه من باب الدين فيثبت بخبر الواحد ، بخلاف النكاح والنسب . أخبرها عدل أو غير عدل فأتاها بكتاب من زوجها بطلاق ولا تدرى أنه كتابه أولا إلا أن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس بالتزوج اه وتقدم قبيل الإيلاء مايفيد أن هذا فى الديانة .

ثم رأيت بخط السائحانى عن جامع الفتاوى : شهد اثنان أن الغائب طلق زوجته لاتقبل فى حق الحكم بطلاق الغائب وتقبل فى حق سكوت الحاكم فى أنها تعتد وتتزوج بآخر اه .

وحاصله أنه يسوغ للحاكم السكوت لأنه أمر دينى لا إثبات الطلاق لأنه حكم على غائب فلا يصح . ويظهر أن ابتداء العدة من وقت وقوع الطلاق لامن وقت الإخبار لأنه غير مقيم معها فلا تهمة ، وقوله فلا بأس يفيد أن الأولى عدمه .

وفى البحر : أخبرها رجل بموته وآخر بحياته ، فإن شهد أنه عاين موته أو جنازته وهو عدل وسعها أن تعتد وتتزوج مالم يؤرخا وتاريخ الحياة متأخر . ولو تزوجت وأخبرها جماعة بأنه حى ، إن صدقت الأول صح النكاح (قوله لابأس أن ينكحها) فى الخانية قالت : ارتد زوجى بعد النكاح وسعه أن يعتمد على خبرها ويتزوجها ؛ وإن أخبرت بالحرمة بأمر عارض بعد النكاح من رضاع طارئ أو نحو ذلك ، فإن كانت ثقة أو لم تكن ووقع فى قلبه صدقها فلا بأس بأن يتزوجها إلا لو قالت كان نكاحى فاسدا أو كان زوجى على غير الإسلام لأنها أخبرت بأمر مستنكر اه أى لأن الأصل صحة النكاح سائحانى (قوله لو شكت) أى التى أتاها خبر موت زوجها (قوله وفيه عن المحيط) صوابه عن الفتح وعبارته هكذا : وفى فتح القدير : إذا قال الزوج أخبرتنى بأن عدتها قد انقضت فإن كانت فى مدة لاتنقضى فى مثلها لايقبل قوله ولا قولها إلا أن تبين ماهو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها ، ولو كان فى مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها ، وله أن يتزوج بأختها لأنه أمر دينى يقبل قوله فيه اه .

فلو ولدت لأكثر من نصف حول ثبت نسبه ولم يفسد نكاح أختها فى الأصح ، فترثه لو مات دون المعتدة :

فصل فى الحداد

جاء من باب أعدّ ومدّ وفر ، وروى بالجيم ، وهو لغة كما فى القاموس : ترك الزينة للعدة . وشرعا ترك الزينة ونحوها لمعتدة بائن أو موت :

(تحد) بضم الحاء وكسرها كما مر (مكلفة مسلمة ولو أمة منكوحة) بنكاح صحيح ودخل بها ، بدليل قوله

فالحاصل أنه يعمل بخبريهما بقدر الإمكان بخبره فيما هو حقه وحق الشرع وبخبرها فى حقها من وجوب النفقة والسكنى اه والمسألة مفروضة فى الاختلاف مع زوجها الذى طلقها (قوله ثبت نسبه) أى لأن حقها فى النسب أصلى كحق الولد لأنها تعير بولد لا أب له فلم يقبل قوله ، ولا ينفذ نكاح أختها لأنه صار مكذبا فى خبره شرعا ، بخلاف القضاء بالنفقة لأنه يتصور استحقاق النفقة لغير العدة ، فكأنه وجبت فى حقها بسبب العدة وفى حقه بسبب آخر ، فإن تزوج أختها ومات فالميراث للأخت ، وقيل إن قال هذا فى الصحة فالميراث للأخت وإلا فللمعتدة ، فإذا قضى به للمعتدة قيل يفسد نكاح الأخت ، والأصح لا لتصور استحقاق الميراث بغير الزوجية فنزل منزلة استحقاق النفقة بحر عن المحيط ملخصا :

وحاصله مسألتان : إحداهما لو ولدت التى أقر بانقضاء عدتها وثبت نسب الولد يفسد نكاح أختها لأنه صار مكذباً شرعا . ثانيتهما لو أقر بذلك ثم تزوج أختها فمات ترثه الأخت دون المعتدة ، وقيل هذا لو أقر فى صحته ، فلو فى مرضه صار فارا فترثه المعتدة ، وإذا ورثته فالأصح أنه لا يفسد نكاح أختها ، إذ لا يلزم من إرثها كونه بطريق الزوجية حتى يفسد نكاح الأخت لتصوره بطريق آخر ، وبه علم أن فى كلام الشارح اختصارا مخلا ، وصواب التعبير أن يقول : ولو مات ترثه الأخت ، وقيل المعتدة إن قال ذلك فى مرضه ولم يفسد نكاح أختها فى الأصح ، ولو ولدت لأكثر من نصف حول ثبت نسبه وفسد نكاح أختها ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فى الحداد

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر ما وجب فيها على المعتدات ، فإنه فى المرتبة الثانية من أصل وجوبها فتح (قوله جاء من باب أعدّ ومدّ وفرّ) أى أنه جاء من المزيد ومن المجرد الذى كنصر أو كضرب قال فى المصباح : أحدت المرأة إحدادا فهى محد ومحدة إذا تركت الزينة لموته ، وحدت تحد وتحد حدادا بالكسر فهى حاد بغيرها ، وأنكر الأصمعى الثلاثى فاقتصر على الرباعى اه ولذا قدمه الشارح (قوله وروى بالجيم) أى من جددت الشىء : قطعته ، فكأنها انقطعت عن الزينة وما كانت عليه نهر (قوله ترك الزينة للعدة) أى مطلقا ولو من رجعى أو كانت كافرة أو صغيرة فيكون أعم من الشرعى ط (قوله ونحوها) كالطيب والدهن والكحل ط (قوله تحد) أى وجوبا كما فى البحر (قوله بضم الحاء) يعنى وفتح التاء من باب مد اه ح (قوله وكسرها) يعنى وفتح التاء فيكون من باب فر ، أو ضمها فيكون من باب أعد اه ح (قوله مكلفة) أى بالغة عاقلة ، ويأتى محترزه ومحترز باقى القيود (قوله مسلمة) شمل من أسلمت فى العدة ، فتحد فيما بقى منها جوهرة (قوله ولو أمة) لأنها مكلفة بحقوق الشرع ما لم يفت به حق العبد بحر .

والحاصل أن الحداد لا يفوّت حق المولى لأنها محرمة عليه مادامت فى العدة ، بخلاف اعتدادها فى بيت الزوج كما يأتى (قوله منكوحة) بالرفع نعت لمكلفة ح (قوله ودخل بها) هذا القيد صحيح بالنسبة لمعتدة البت ، أما

(إذا كانت معتدة بت أو موت) وإن أمرها المطلق أو الميت بتركه لأنه حق الشرع ، إظهارا للتأسف على فوات النكاح (بترك الزينة) بحلى أو حرير أو امتشاط بضيق الأسنان (والطيب) وإن لم يكن لها كسب إلا فيه (والدهن) ولو بلا طيب كزيت خالص (والكحل والحناء ولبس المعصفر والمزعفر) ومصبوغ بمغرة أو ورس (إلا بعذر)

معتدة الموت فيجب عليها العدة ، ولو كانت غير مدخولة فيجب فيها الحداد ، فكان الصواب إسقاط هذا القيد فإن لفظ معتدة يغنى عنه اهـ ح (قوله إذا كانت معتدة بت) من البت : وهو القطع : أى المبتوت طلاقها وهى المطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ، والفرقة بخيار الجب والعنة ونحوهما نهر (قوله لأنه حق الشرع) أى فلا يملك العبد إسقاطه ، ولأن هذه الأشياء دواعى الرغبة وهى ممنوعة عن النكاح ، فتجتنبها لئلا تصير ذريعة إلى الوقوع فى المحرم هداية ط (قوله بترك الزينة) متعلق بتحد والباء للآلة المعنوية ، لأن الترك عدمى أو للتصوير أو للسببية أو للملابسة ، لأن فى تحد معنى تتأسف ، أو لأن الحد فى الأصل المنع ، فلا يرد أن فيه ملابسة الشىء لنفسه (قوله بحلى) أى بجميع أنواعه من فضة وذهب وجواهر بحر . قال القهستانى : والزينة ماتتزين به المرأة من حلى أو كحل كما فى الكشاف ، فقد استدرك مابعده ، ويؤيده مافى قاضيخان : المعتدة تجتنب عن كل زينة نحو الخضاب ولبس المطيب اهـ . وأجاب فى النهر بأن مابعده تفصيل لذلك الإجمال .

قلت : فيه أن هذا التفصيل غير موف بالمقصود ، فالأظهر أنه أراد بالزينة نوعا منها ، وهو ماذكره الشارح من الحلى والحرير لأنه قوامها وغيره خفى بالنسبة إليه فعطفه عليها (قوله أو حرير) أى بجميع أنواعه وألوانه ولو أسود بحر ، وقوله ولو أسود أشار به إلى خلاف مالك حيث قال يباح لها الحرير الأسود كما فى الفتح ، وبه علم أنه لايصح استثناء الأسود كما وقع فى الدرر المنتقى عن البهنسى فإنه ليس مذهبنا فافهم (قوله بضيق الأسنان) فلها الامتشاط بأسنان المشط الواسعة ذكره فى المبسوط ، وبحث فيه فى الفتح ، لكن يأتى عن الجوهرة تقييده بالعذر (قوله والطيب) أى استعماله فى البدن أو الثوب، قهستانى ، وأعم منه قوله فى البحر والفتح : فلا تحضر عمله ولا تتجر فيه (قوله والدهن) بالفتح والضم والأول مصدر والثانى اسم ، وقوله ولو بلا طيب يؤيد إرادة اسم العين ، لكن يحتمل أن يكون المعنى ولو بلا استعمال طيب فافهم (قوله كزيت خالص) أى من الطيب وكالشيرج والسمن وغير ذلك ، لأنه يلين الشعر فيكون زينة زيلعى ، وبه ظهر أن الممنوع استعماله على وجه يكون فيه زينة ، فلا تمنع من مسه بيد لعصر أو بيع أو أكل كما أفاده الرحمتى (قوله والكحل) بالفتح والضم كما مر فى الدهن . والظاهر أن المراد به ماتحصل به الزينة كالأسود ونحوه ، بخلاف الأبيض مالم يكن مطيبا (قوله ولبس المعصفر والمزعفر الخ) أى لبس الثوب المصبوغ بالعصفر والزعفران ، والمراد بالثوب ماكان جديدا تقع به الزينة وإلا فلا بأس به ، لأنه لايقصد به إلا ستر العورة والأحكام تبتنى على المقاصد كما فى المحيط قهستانى (قوله ومصبوغ بمغرة أو ورس) المغرة الطين الأحمر بفتحتين والتسكين لغة تخفيف . والورس : نبت أصفر يزرع باليمن ويصبغ به ، قيل هو صنف من الكركم ، وقيل يشبهه مصباح . قال الزيلعى : ولا يحل لبس الممشق وهو المصبوغ بالمشق وهو المغرة .

وذكر فى الغاية أن لبس العصب مكروه : وهو ثوب موشى يعمل فى اليمن ، وقيل ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ اهـ . وفى المغرب لأنه يعصب غزله ثم يصبغ ثم يحاك . وفى المصباح المشق وزان حمل : المغرة ، وقالوا ثوب ممشق بالتثقيل والفتح ، والعصب بالعين والصاد المهملتين مثل فلس .

قلت : ووقع فى كافى الحاكم : ولا ثوب قصب بالقاف . فى المصباح : القصب ثياب من كتان ناعمة واحدها

راجع للجميع ، إذ الضرورات تبيح المحظورات ، ولا بأس بأسود وأزرق ومعصفر خلق لارائحة له (لا) حداد على سبعة : كافرة وصغيرة ، ومجنونة ، و (معتدة عتق) كموته عن أم ولده (و) معتدة (نكاح فاسد) أووطء بشبهة أو طلاق رجعي :

قصب على النسبة (قوله راجع للجميع) فإن كان وجع بالعين فتكتحل أو حكة فتلبس الحرير أو تشتكي رأسها فتدهن وتمشط بالأسنان الغليظة المتباعدة من غير إرادة الزينة ، لأن هذا تداو لازينة جوهرة . قال في الفتح : وفي الكافي إلا إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ فإنه لابأس به لضرورة ستر العورة، لكن لاتقصد الزينة ؛ وينبغي بتقيده بقدر ماتستحدث ثوبا غيره إما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها إن كان لها اه .

قلت : وقيد بعض الشافعية الاكتحال للعذر بكونه ليلا ثم تنزعه نهارا كما ورد في الحديث ، وأخرج الحديث في الفتح أيضا ، ولم أر من قيد بذلك من علمائنا ، وكأنه معلوم من قاعدة إن الضرورة تتقدر بقدرها ، لكن إن كفاها الليل أو النهار اقتصرت على الليل ولا تعكس ، لأن الليل أخفى لزينة الكحل وهو محمل الحديث ، والله سبحانه أعلم (قوله ولا بأس بأسود) في الفتح : ويباح لها لبس الأسود عند الأئمة الأربعة ، وجعله الظاهرية كالأحمر والأخضر اه . وعلل الزيلعي جوازه بأنه لايقصد به الزينة .

قلت : والمراد الأسود من غير الحرير خلافا لمالك كما مر (قوله وأزرق) ذكره في النهر بحثا ، وهو ظاهر إلا إذا كان براقا صافي اللون كما نص عليه الشافعية ، لأن الغالب فيه حينئذ قصد الزينة (قوله ومعصفر خلق الخ) في البحر : ويستثنى من المعصفر والمزعفر الخلق الذى لا رائحة له فإنه جائز كما في الهداية اه فافهم . قال الرحمتي : والمراد بما لا رائحة له مالم تحصل به الزينة لأنها المانع لا الرائحة ، بخلاف المحرم ؛ ألا يرى منع المغرة ولا رائحة لها اه .

قلت : وأعم منه قول الزيلعي : وذكر الحلواني أن المراد بالثياب المذكورة الجديد منها ، أما لوكان خلقا لاتقع فيه الزينة فلا بأس به اه ومثله مامر عن القهستاني . وفي القاموس : خلق الثوب كنصر وكرم وسمع خلوقة وخلقا محركة بلي :

[تنبيه] مقتضى اقتصارهم على منعها مما مر أن الإحداد خاص بالبدل ، فلا تمنع من تجميل فراش وأثاث بيت وجلوس على حرير كما نص عليه الشافعية . ونقل في المعراج أن عند الأئمة الثلاثة لها أن تدخل الحمام وتغسل رأسها بالخطمي والسدر اه ولم يذكر حكمه عندنا . قال في البحر : واقتصار المصنف على ترك ماذكر يفيد جواز دخول الحمام لها (قوله لاحداد) أى واجب كما في الزيلعي (قوله على سبعة الخ) شروع في محترزات القيود المارة ويزاد ثامنة ، وهي المطلقة قبل الدخول محترز قوله إذا كانت معتدة (قوله كافرة وصغيرة ومجنونة) لكن لو أسلمت الكافرة في العدة لزمها الإحداد فيما بقي منها كما مر عن الجوهرة ، وكذا ينبغي أن يقال في الصغيرة والمجنونة إذا بلغت وأفاقت كما في البحر ، وإنما لزمت العدة عليهن دون الإحداد لأنه حق الله تعالى كما مر ، ولابد فيه من خطاب التكليف ، لأن اللبس والتطيب فعل حسي محكوم بحرمته ، بخلاف العدة فإنها من ربط المسببات بالأسباب على معنى أنه عند البينونة يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن في مدة معينة ، فهو حكم بعدم فلا يتوقف على خطاب التكليف كما أوضحه في الفتح فافهم (قوله ومعتدة عتق) هي أم الولد التي أعتقها مولاها ، ومثلها التي مات عنها مولاها فإنها عتقت بموته . ولما كان في دخولها خفاء صرح بها الشارح وسكت عن الأولى لظهورها فافهم (قوله أو وطء بشبهة) محترز قوله منكوحة فكان المناسب ذكره مع معتدة العتق ح (قوله أو طلاق رجعي)

ويباح الحداد على قرابة ثلاثة أيام فقط ، وللزوج منعها لأن الزينة حقه فتح ، وينبغى حل الزيادة على الثلاثة إذا رضى الزوج أو لم تكن مزوجة نهر .

وفى التتارخانية : ولا تعذر فى لبس السواد وهى آثمة إلا الزوجة فى حق زوجها فتعذر إلى ثلاثة أيام . قال فى البحر : وظاهره منعها من السواد تأسفا على موت زوجها فوق الثلاثة . وفى النهر : لو بلغت فى العدة لزمها الحداد فيما بقى .

(والمعتدة) أى معتدة كانت عينى ، فتعم معتدة عتق ونكاح فاسد . وأما الخالية فتخطب إذا لم يخطبها غيره

كان المناسب أن يزيد معه المطلقة قبل الدخول فإنهما خرجتا بقوله معتدة بت أفاده ح (قوله ويباح الحداد الخ) أى للحديث الصحيح « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاث إلا على زوجها فإنها تحد أربعة أشهر وعشرا » فدل على حله فى الثلاث دون مافوقها ، وعليه حمل إطلاق محمد فى النوادر عدم الحل كما أفاده فى الفتح . وفى البحر عن التاترخانية أنه يستحب لها تركه أى تركه أصلا (قوله وللزوج منعها الخ) عبارة الفتح : وينبغى أنها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها لأن الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريدها ، وهذا الإحداد مباح لها لا واجب ، وبه يفوت حقه اه وأقره فى البحر . قال فى النهر : ومقتضى الحديث أنه ليس له ذلك ، والمذكور فى كتب الشافعية أن له ذلك وقواعدنا لا تأباه ، وحينئذ فيحمل الحل فى الحديث على عدم منعه اه أى بأن يقال إن الحل المفهوم من الحديث محمول على ما إذا لم يمنعها زوجها ، لأن كل حل ثبت لشىء يقيد بعدم المانع منه وإلا فلا يحل كما هنا .

ولما كان بحث الفتح داخلا تحت قولهم له ضربها على ترك الزينة كان بحثا موافقا للمنقول ، وأقره عليه من بعده فلذا جزم به الشارح ، وليس البحث لصاحب النهر فقط فافهم (قوله وينبغى حل الزيادة الخ) فيه نظر ، فإن صريح الحديث المذكور نفى الحل فوق ثلاث ، وإذا قيد الحل فى الثلاث الثابت فى الحديث بما إذا رضى لا يلزم منه أن يكون رضاه مبيحا ما ثبت عدم حله وهو الإحداد فوق الثلاث كما لا يخفى : وقال الرحمتى : الحديث مطلق ، وقد حمله أمهات المؤمنين على إطلاقه فدعت أم حبيبة بالطيب بعد موت أبيها بثلاث ، وكذلك زينب بعد موت أخيها وقالت كل منهما : مالى بالطيب من حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحل لا مرأة الخ » كيف وقد أطلق محمد عدم حل الإحداد لمن مات أبوها أو ابنها وقال إنما هو فى الزوج خاصة اه (قوله وفى التتارخانية الخ) عبارتها : سأل أبو الفضل عن المرأة يموت زوجها أو أبوها أو غيرهما من الأقارب فتصبغ ثوبها أسود فتلبسه شهرين أو ثلاثة أو أربعة تأسفا على الميت أتعذر فى ذلك ؟ فقال لا . وسأل عنها على ابن أحمد فقال : لا تعذر ، وهى آثمة إلا الزوجة فى حق زوجها فإنها تعذر إلى ثلاثة أيام اه (قوله وظاهره منعها من السواد الخ) أى فيقيد به إطلاق مامر من أنه لا بأس بأسود . وأجاب ط بحمل ما هنا على صبغه لأجل التأسف ولبسه ، ومامر على ما كان مصبوغا أسود قبل موت الزوج لتتوافق عباراتهم ، لكن ينافيه إباحته فى الثلاث تأمل (قوله وفى النهر) هو بحث سبقه إليه فى البحر أخذا من عبارة الجوهرة كما قدمناه فى الكافرة (قوله ونكاح فاسد) فتحرم خطبتها ، لأن الظاهر أنها حيث رضيت به بالنكاح الفاسد ترضى به بالنكاح الصحيح (قوله وأما الخالية) أى عن نكاح وعدة (قوله إذا لم يخطبها غيره وترضى به الخ) نقله فى البحر عن الشافعية ، وقال ولم أره لأصحابنا ، وأصله الحديث الصحيح « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » وقيدوه بأن لا يأذن له اه أى بأن لا يأذن الخاطب الأول ، وهو منقول عندنا ، فقد قال الرملى : وفى الذخيرة كما نهى صلى الله عليه وسلم عن الاستيام

وترضى به ، فلو سكتت فقولان (تحرم خطبتها) بالكسر وتضم (وصح التعريض) كأريد التزوج (لو معتدة الوفاة) لا المطلقة إجماعاً لإفضائه إلى عداوة المطلق ، ومفاده جوازه لمعتدة عتق ونكاح فاسد ووطء شبهة نهر ، لكن فى القهستانى عن المضمرات أن بناء التعريض على الخروج .

على سوم الغير نهى عن الخطبة على خطبة الغير والمراد من ذلك أن يركن قلب المرأة إلى خاطبها الأول ، كذا فى التاترخانية فى باب الكراهية فافهم اهـ (قوله فلو سكتت فقولان) أى للشافعية . قال الخير الرملى : وقولهم لاينسب إلى ساكت قول يقتضى ترجيح الجواز اهـ .

قلت : هذا ظاهر إذا لم يعلم ركون قلبها إلى الأول بقرائن الأحوال وإلا فيكون بمنزلة التصريح بالرضا (قوله بالكسر وتضم) لكن الضم مختص بالموعظة والكسر بطلب المرأة قهستانى ، نعم الضم فى المعنى الثانى غريب كما فى النهر (قوله وصح التعريض) خلاف التصريح . قال القهستانى : والتحقيق أن التعريض هو أن يقصد من اللفظ معناه حقيقة أو مجازا أو كناية ، ومن السياق معناه معرّضا به ، فالموضوع له والمعرض به كلاهما مقصودان لكن لم يستعمل اللفظ فى المعرض به ، كقول السائل جئتك لأسلم عليك ، فيقصد من اللفظ السلام ومن السياق طلب شىء (قوله كأريد التزوج) وأخرج البيهقى عن سعيد بن جبير – إلا أن تقولوا قولا معروفا – قال : يقول إنى فيك لراغب ، وإنى لأرجو أن نجتمع ، وليس فى هذا تصريح بالتزويج والنكاح ، ونحوه : إنك لجميلة أو صالحة فتح .

وفيه ردّ على مافى البدائع من أنه لايقول أرجو أن نجتمع وإنك لجميلة إذ لايحل لأحد أن يشافه أجنبية به اهـ ووجه الرد أن هذا تفسير مأثور وأقره مشايخ المذهب كصاحب الهداية وغيره . ووجهه أنه من التعريض المأذون فيه لإرادة التزوج ومنعه هو الممنوع ، فإنه لو خاطب أجنبية بصريح التزوج والنكاح على وجه الخطبة يجوز حيث لامانع منه فالتعريض أولى نعم يمنع خطابها بما ذكر إذا لم يكن فى معرض الخطبة وليس الكلام فيه فافهم (قوله لا المطلقة إجماعا الخ) نقله فى البحر والنهر عن المعراج ، وشمل المطلقة البائن وبه صرح الزيلعى . و فى الفتح أن التعريض لايجوز فى المطلقة بالإجماع فإنه لايجوز لها الخروج من منزلها أصلا ، فلا يتمكن من التعريض على وجه لايخفى على الناس ولإفضائه إلى عداوة المطلق اهـ .

وينافى نقل الإجماع مافى الاختيار حيث قال مانصه : وهذا كله فى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها ، أما المطلقة الرجعية فلا يجوز التصريح ولا التلويح لأن نكاح الأول قائم اهـ (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل حيث قيد بعداوة المطلق ، والضمير فى جوازه للتعريض ، وبه يفرق بين الخطبة والتعريض ط أى لما قدمه الشارح أنه لايجوز خطبة معتدة عتق ونكاح فاسد (قوله لكن فى القهستانى الخ) عبارته هكذا : ولم يوجد نص فى معتدة عتق ومعتدة وطء بالشبهة وفرقة ونكاح فاسد ، وينبغى أن يعرض للأولين بخلاف الأخريين . ففى الظهيرية : لايجوز خروجهما من البيت ، بخلاف الأولين : وفى المضمرات أن بناء التعريض على الخروج اهـ .

وحاصله أن الأولين : أى معتدة العتق ، ومعتدة وطء الشبهة يجوز أن يعرض لهما لجواز خروجهما من بيت العدة ، بخلاف معتدة الفرقة أى الفسخ ومعتدة النكاح الفاسد ، فلا يجوز التعريض لهما لعدم جواز خروجهما ، فإن جواز التعريض مبنى على جواز الخروج إذا لايتمكن من التعريض لمن لاتخرج ، لكن نص فى كافى الحاكم على جواز خروج معتدة العتق والنكاح الفاسد ، نعم يشكل ذلك فى معتدة العتق فإنك علمت مما مر تعليل حرمة التعريض بإفضائه إلى عداوة المطلق ومعتدة العتق فيها ذلك ، فإن سيدها الذى أعتقها وهى أم ولده إذا كان مراده

(ولا تخرج معتدة رجعى وبائن) بأى فرقة كانت على ماف الظهيرية ولو مختلعة على نفقة عدتها فى الأصح اختيار أو على السكنى فيلزمها أن تكترى بيت الزوج معراج (لو حرة) أو أمة مبوأة ولو من فاسد (مكلفة من بيتها أصلا) لاليلا ولا نهارا ولا إلى صحن دار فيها منازل لغيره ولو بإذنه لأنه حق الله تعالى ،

تزوجها من نفسه يعادى من نازعه فى ذلك أكثر إلا أن يريد بمعتدة العتق التى مات عنها سيدها ، فلا يشكل لكونها معتدة وفاة ، هذا . وقد سقطت معتدة العتق من نسخة القهستانى التى وقعت للمحشى ، فحمل كلامه على غير المراد فافهم (قوله بأى فرقة كانت الخ) أى ولو بمعصية كتقبيلها ابن زوجها بحر عن البدائع . قال فى النهر : قيد بمعتدة الطلاق ، لأن معتدة الوطء لاتمنع من الخروج كالمعتدة عن عتق ونكاح فاسد ووطء بشبهة إلا إذا منعها لتحصين مائة كذا فى البدائع . وفى الظهيرية خلافه ، حيث قال : سائر وجوه الفرق التى توجب العدة من النكاح الصحيح والفاسد سواء ، يعنى فى حق حرمة الخروج من بيتها ، وحكى فتوى الأوزجندى أنها لاتعتد فى بيت الزوج اه والضمير فى أنها للمنكوحة فاسدا لأنه لاملك له عليها بحر أى لأن النكاح الفاسد لايفيد المنع من الخروج قبل التفريق فكذا بعده وسيذكره الشارح آخر الفصل حكاية الخلاف مع إفادة التوفيق المستفاد من كلام البدائع ويأتى تمامه (قوله فى الأصح) لأنها هى التى اختارت إبطال حقها فلا يبطل به حق عليها كما فى الزيلعى ومقابله ماقيل أنها تخرج نهارا لأنها قد تحتاج كالمتوفى عنها .

مطلب الحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع

قال فى الفتح : والحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع ، فإن علم فى واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة إن لم تخرج أفتاها بالحل ، وإن علم قدرتها أفتاها بالحرمة اه وأقره فى النهر والشرنبلالية (قوله أو على السكنى) قال الزيلعى : فكان كما اختلعت على أن لا سكنى لها ، فإن مؤنة السكنى تسقط عن الزوج يلزمها أن تكترى بيت الزوج ، ولا يحل لها أن تخرج منه اه ومثله فى الفتح أى لأن سكناها فى بيته واجبة عليها شرعا فلا تملك إسقاطها بل تسقط مؤنتها . وظاهره أنه لايلزم التصريح بمؤنة السكنى بل مجرد الخلع على السكنى مسقط لمؤنتها كما نبهنا عليه فى باب الخلع تأمل (قوله لو حرة) أما غيرها فلها الخروج فى عدة الطلاق والوفاة ، إذ لايلزمها المقام فى منزل زوجها فى حال النكاح فكذا بعده ، ولأن الخدمة حق المولى فلا يجوز إبطالها إلا إذا بوأها منزلا فحينئذ لاتخرج وله الرجوع ، ولو بوأها فى النكاح ثم طلقت فللزوج منعها من الخروج حتى يطلبها المولى كما فى البحر (قوله أو أمة مبوأة) أى أسكنها المولى فى بيت زوجها ولم يطلبها كما علمت (قوله ولو من فاسد) أى ولو كانت العدة من نكاح فاسد ، وهذا مستفاد من قوله بأى فرقة كانت كما بيناه ح (قوله مكلفة) أخرج الصغيرة والمجنونة والكافرة . ففى البحر عن البدائع : أما الأوليان فلا يتعلق بهما شىء من أحكام التكاليف ، وأما الكتابية فلأنها غير مخاطبة بحق الشرع ، ولكن للزوج منع المجنونة والكتابية صيانة لمائه ، وكذا إذا أسلم زوج المجوسية وأبت الإسلام اه . وفيه عن المعراج وشرح النقاية : المراهقة كالبالغة فى المنع من الخروج وكالكتابية فى عدم وجوب الإحداد اه أى لاحتمال علوقها منه قبل الطلاق فله منعها تحصينا لمائه (قوله من بيتها) متعلق بقوله ولا تخرج ، والمراد به مايضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت هداية ، سواء كان مملوكا للزوج أو غيره ، حتى لو كان غائبا وهى فى دار بأجرة قادرة على دفعها فليس لها أن تخرج بل تدفع وترجع إن كان بإذن الحاكم بحر وزيلعى (قوله أصلا) تعميم لقوله لاتخرج ، وبينه بقوله لا ليلا ولا نهارا (قوله فيها منازل لغيره) أى غير الزوج ، بخلاف ما إذا كانت له فإن لها أن تخرج إليها وتبيت فى أى منزل شاءت لأنها تضاف إليها بالسكنى زيلعى (قوله ولو بإذنه) تعميم أيضا لقوله ولا تخرج ، حتى إن المطلقة رجعيا وإن كانت منكوحة حكما لاتخرج من بيت العدة

بخلاف نحو أمة لتقدم حق العبد (ومعتدة موت تخرج فى الجديدين وتبيت) أكثر الليل (فى منزلها) لأن نفقتها عليها فتحتاج للخروج ، حتى لو كان عندها كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها الخروج فتح . وجوّز فى القنية خروجها لإصلاح مالابد لها منه كزراعة ولا وكيل لها (طلقت) أو مات وهى زائرة (فى غير مسكنها عادت إليه فورا) لوجوبه عليها (وتعتدان) أى معتدة طلاق وموت (فى بيت وجبت فيه) ولايخرجان منه (إلا أن تخرج أو يتهدم المنزل أو تخاف) انهدامه أو (تلف مالها أو لاتجد كراء البيت) ونحو ذلك من الضرورات فتخرج لأقرب موضع إليه ،

ولو بإذنه ، لأن الحرمة بعد العدة حق الله تعالى فلا يملكان إبطاله ، بخلاف ماقبلها لأنها حق الزوج فيملك إبطاله بحر (قوله بخلاف نحو أمة) أراد بالأمة القنة ، وبنحوها المدبرة وأم الولد والمكاتبة ، والمراد إذا لم تكن مبوأة ، لأن الخدمة حق المولى كما مر وعدم الخروج حق الله تعالى ، فيقدم حق العبد لاحتياجه (قوله فى الجديدين) أى الليل والنهار فإنهما يتجددان دائما ط (قوله لأن نفقتها عليها) أى لم تسقط باختيارها ، بخلاف المختلعة كما مر وهذا بيان للفرق بين معتدة الموت ومعتدة الطلاق. قال فى الهداية : وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لانفقة لها فتحتاج إلى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ولا كذلك المطلقة ، لأن النفقة دارة عليها من مال زوجها اهـ .

قال فى الفتح : والحاصل أن مدار حل خروجها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره ، فمتى انقضت حاجتها لايحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها اهـ . وبهذا اندفع قول البحر إن الظاهر من كلامهم جواز خروج المعتدة عن وفاة نهارا ولو كان عندها نفقة ، وإلا لقالوا لاتخرج المعتدة عن طلاق أو موت إلا لضرورة فإن المطلقة تخرج للضرورة ليلا أو نهارا اهـ .

ووجه الدفع أن معتدة الموت لما كانت فى العادة محتاجة إلى الخروج لأجل أن تكتسب للنفقة قالوا إنها تخرج فى النهار وبعض الليل ، بخلاف المطلقة . وأما الخروج للضرورة فلا فرق فيه بينهما كما نصوا عليه فيما يأتى ، فالمراد به هنا غير الضرورة ، ولهذا بعد ما أطلق فى كافى الحاكم منع خروج المطلقة قال والمتوفى عنها زوجها تخرج بالنهار لحاجتها ولا تبيت فى غير منزلها ، فهذا صريح فى الفرق بينهما ، نعم عبارة المتون يوهم ظاهرها ماقاله فى البحر ، فلو قيدوا خروجها بالحاجة كما فعل فى الكافى لكان أظهر (قوله وجوز فى القنية الخ) قال فى النهر : ولابد أن يقيد ذلك بأن تبيت فى بيت زوجها (قوله أى معتدة طلاق وموت) قال فى الجوهرة : هذا إذا كان الطلاق رجعيا فلو بائنا فلابد من سترة إلا أن يكون فاسقا فإنها تخرج اهـ فأفاد أن مطلقة الرجعى لاتخرج ولا تجب سترة ولو فاسقا لقيام الزوجية بينهما ، ولأن غايته أنه إذا وطئها صار مراجعا (قوله فى بيت وجبت فيه) هو مايضاف إليهما بالسكنى قبل الفرقة ولو غير بيت الزوج كما مر آنفا ، وشمل بيوت الأخبية كما فى الشرنبلالية (قوله ولا يخرجان) بالبناء للفاعل ، والمناسب تخرجان بالتاء الفوقية لأنه مثنى المؤنث الغائب أفاده ط (قوله إلا أن تخرج) الأولى الإتيان بضمير التثنية فيه وفيما بعده ط ، وشمل إخراج الزوج ظلما أو صاحب المنزل لعدم قدرتها على الكراء أو الوارث إذا كان نصيبها من البيت لايكفيها بحر : أى لايكفيها إذا قسمته لأنه لايجبر على سكناها معه إذا طلب القسمة أو المهايأة ولو كان نصيبها يزيد على كفايتها (قوله أو لاتجد كراء البيت) أفاد أنها لو قدرت عليه لزمها من مالها ، وترجع به المطلقة على الزوج إن كان بإذن الحاكم كما مر (قوله ونحو ذلك) منه مافى الظهيرية : لو خافت بالليل من أمر الميت والموت ولا أحد معها لها التحول والخوف شديدا وإلا فلا (قوله فتخرج) أى معتدة الوفاة

وفى الطلاق إلى حيث شاء الزوج ، ولو لم يكفها نصيبها من الدار اشترت من الأجانب مجتبى ، وظاهره وجوب الشراء لو قادرة أو الكراء بحر ، وأقره أخوه والمصنف .

قلت : لكن الذى رأيته بنسختى المجتبى استترت من الاستتار فليحرر (ولابد من سترة بينهما فى البائن) لئلا يختلى بالأجنبية ، ومفاده أن الحائل يمنع الخلوة المحرمة (وإن ضاق المنزل عليهما أو كان الزوج فاسقا فخروجه أولى) لأن مكثها واجب لا مكثه ، ومفاده وجوب الحكم به ذكره الكمال (وحسن أن يجعل القاضى بينهما امرأة) ثقة

كما دل عليه مابعده ط (قوله وفى الطلاق الخ) عطف على محذوف تقديره هذا فى الوفاة ط ، وتعيين المنزل الثانى للزوج فى الطلاق ولها فى الوفاة فتح ؛ وكذا إذا طلقها وهو غائب فالتعيين لها معراج . وفيه أيضا عين انتقالها إلى أقرب المواضع مما انهدم فى الوفاة وإلى حيث شاءت فى الطلاق بحر ، فأفاد أن تعيين الأقرب مفوّض إليها فافهم وحكم ماانتقلت إليه حكم المسكن الأصلى فلا تخرج منه بحر (قوله فليحرر) أقول الذى رأيته فى نسختى المجتبى اشترت من الشراء ، ويؤيده أنه فى المجتبى قال اشترت من الأجانب وأولاده الكبار اه إذ لايجب عليها الاستتار من أولاد زوجها ، لكن رأيت فى كافى الحاكم مانصه : وإذا طلقها زوجها وليس لها إلا بيت واحد فينبغى أن يجعل بينه وبينها حجاباً ، وكذلك فى الوفاة إذا كان له أولاد رجال من غيرها فجعلوا بينهم وبينها سترا أقامت وإلا انتقلت اه وأنت خبير بأن هذا نص ظاهر الرواية فوجب المصير إليه ، ولعل وجهه خشية الفتنة حيث كانوا رجالا معها فى بيت واحد وإن كانوا محارم لها بكونهم أولاد زوجها كما قالوا بكراهة الخلوة بالصهرة الشابة . وفى البحر عن المعراج : وكذلك حكم السترة إذا مات زوجها وله أولاد كبار أجانب اه فسماهم أجانب لما قلنا وهذا مؤيد لنسخة الشارح . ولا ينافيه أن فرض المسألة فى المجتبى أن نصيبها لايكفيها ، فإذا كان لايكفيها فكيف تؤمر بالمكث فيه مع الاستتار ، لأن المراد أنه لايكفيها بأن تختلى فيه وحدها ولذا فرض المسألة فى الكافى كما مر فى البيت الواحد ثم إن قول الكافى وإلا انتقلت يدل على أنه لايلزمها الشراء ، ومثله مافى النهر عن الخانية وغيرها : لو كان فى الورثة من ليس محرما لها وحصتها لاتكفيها ، فلها أن تخرج وإن لم يخرجوها اه فهذا أيضاً مؤيد لنسخة الشارح وبهذا التقرير سقط تحامل المحشين كلهم على الشارح فافهم (قوله ولابد من سترة بينهما فى البائن) وفى الموت تستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها هندية . وظاهره أن لاسترة فى الرجعى ، وقول المصنف الآتى : ومطلقة الرجعى كالبائن يفيد طلب السترة فيه أيضا ، ويؤيده ماتقدم فى باب الرجعة أنه لايدخل على مطلقة إلا أن يؤذنها ثم الظاهر ندب السترة فيه لكونها ليست أجنبية ويحرر ط .

قلت : وقدمنا عن الجوهرة مايفيد عدم لزوم السترة فى الرجعى ولو الزوج فاسقا لقيام الزوجية وإعلامها بالدخول ، لئلا يصير مراجعا وهو لايريدها ، فلا يستلزم وجوب السترة بعد الدخول ، نعم لامانع من ندبها (قوله ومفاده أن الحائل الخ) أى مفاد التعليل أن الحائل يمنع الخلوة المحرمة . ويمكن أن يقال فى الأجنبية كذلك وإن لم تكن معتدته إلا أن يوجد نقل بخلافه بحر (قوله أو كان الزوج فاسقا) لأنه إنما اكتفى بالحائل ، لأن الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم إلا أن يكون فاسقا فتح (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل بوجوب مكثها وجوب الحكم به أى بخروجه عنها ، وقولهم وخروجه أولى لعل المراد أنه أرجح ، كما يقال : إذا تعارض محرم ومبيح فالمحرم أولى أو أرجح فإنه يراد الوجوب فتح (قوله وحسن) أى إذا كان فاسقا ولم يخرج يحسن أن يجعل الخ (قوله امرأة ثقة) لايقال : إن المرأة على أصلكم لاتصلح للحيلولة ، حتى لم تجيزوا للمرأة السفر مع نساء ثقات وقلتم بانضمام غيرها تزداد الفتنة لأنا نقول : تصلح للحيلولة فى البلد لبقاء الاستحياء من العشيرة وإمكان الاستغاثة ،

ترزق من بيت المال بحر عن تلخيص الجامع (قادرة على الحيلولة بينهما) وفى المجتبى الأفضل الحيلولة بستر ، ولو فاسقا فبامرأة . قال : ولهما أن يسكنا بعد الثلاث فى بيت واحد إذا لم يلتقيا التقاء الأزواج ، ولم يكن فيه خوف فتنة انتهى .

وسئل شيخ الإسلام عن زوجين افترقا ولكل منهما ستون سنة وبينهما أولاد تتعذر عليهما مفارقتهم فيسكنان فى بيتهم ولا يجتمعان فى فراش ولا يلتقيان التقاء الأزواج هل لهما ذلك ؟ قال نعم ، وأقره المصنف .

(أبانها أو مات عنها فى سفر) ولو فى مصر (وليس بينها) وبين مصرها مدة سفر رجعت ولو بين مصرها مدته وبين مقصدها أقل مضت (وإن كانت تلك) أى مدة السفر (من كل جانب) منهما ولا يعتبر مافى ميمنة وميسرة ، فإن كانت فى مفازة (خيرت) بين رجوع ومضى (معها ولى أولا فى الصورتين والعود أحمد) لتعتدّ فى منزل الزوج (و) لكن (إن مرت) بما يصلح للإقامة كما فى البحر وغيره . زاد فى النهر : وبينه وبين مقصدها

بخلاف المفاوز زيلعى ، وأفاد أن معنى قدرتها على الحيلولة إمكان الاستغاثة (قوله ترزق من بيت المال) لأنها مشغولة تمنع الزوج حقا لله تعالى احتياطا لأمر الفروج ، فكانت نفقتها فى ماله تعالى ذخيرة من النفقات (قوله وفى المجتبى الخ) حيث قال : والأفضل أن يحال بينهما فى البيتوتة بستر إلا أن يكون فاسقا فيحال بامرأة ثقة ، وإن تعذر فلتخرج هى وخروجه أولى اه ملخصا ، وفيه مخالفة لما مر ، فإن السترة لابد منها كما عبر المصنف تبعا للهداية ، وهو الظاهر لحرمة الخلوة بالأجنبية (قوله وسئل شيخ الإسلام) حيث أطلقوه ينصرف إلى بكر المشهور بخواهر زاده ، وكأنه أراد بنقل هذا تخصيص مانقله عن المجتبى بما إذا كانت السكنى معها لحاجة ، كوجود أولاد يخشى ضياعهم لو سكنوا معه أو معها أو كونهما كبيرين لايجد هو من يعوله ولا هى من يشترى لها أو نحو ذلك ، والظاهر أن التقييد بكون سنهما ستين سنة وبوجود الأولاد مبنى على كونه كان كذلك فى حادثة السؤال كما أفاده ط (قوله رجعت) سواء كانت فى مصر أو غيره وهذا إذا كان المقصد مدة سفر بحر أى فيجب الرجوع لئلا تصير مسافرة فى العدة بلا محرم ، بخلاف ما إذا لم يكن بينها وبين المقصد مدة سفر فإنها تخير على إحدى الروايتين لعدم السفر فافهم (قوله ولو بين مصرها الخ) هذه عكس المسألة الأولى (قوله مضت) أى إلى المقصد ، لأن فى رجوعها إنشاء سفر (قوله وإن كانت تلك الخ) هذه مسألة ثالثة ، وفى حكمها عكسها ، وهو ما إذا لم يكن مدة سفر من الجانبين فتتخير ، والرجوع أحمد ، وهذا على مافى الكافى ، أما على مافى النهاية وغيرها فيتعين الرجوع كما فى البحر ولم يرجح أحدهما على الآخر . ويظهر لى أرجحية الثانى ، لأن فيه قطع السفر وهو أولى من إتمامه إلا إذا لزم من قطعه إنشاء سفر آخر كما فى المسألة الثانية .

ثم رأيت صاحب الفتح قال إنه الأوجه وإنه مقتضى إطلاق صاحب الهداية الرجوع فى المسألة الأولى أى حيث لم يقيدها بما قيده فى البحر (قوله ولا يعتبر مافى ميمنة وميسرة) أى من الأمصار أو القرى لأنه ليس وطنا ولا مقصدا ، ففى اعتباره إضرار بها (قوله فى الصورتين) أى صورة تعيين الرجوع وصورة التخيير (قوله لتعتد الخ) لأنهما حيث تساويا فى مدة السفر كان فى العود مرجح وهو حصول الواجب الأصلى فكان أولى وإنما لم يجب لعدم التوصل إليه إلا بمسيرة سفر (قوله ولكن إن مرت) أى فى المضىّ أو العود بحر . والأنسب فى التعبير أن يقول وإن كانت فى مصر تعتد ثمة ليكون مقابلا لقوله وإن كانت فى مفازة ثم يقول وكذا إن مرت بما يصلح للإقامة فتأمل ط (قوله وبينه) أى بين مامرت به مما يصلح للإقامة وبين مقصدها الذى كانت ذاهبة إليه ، وانظر مافائدة هذه الزيادة ، لأن فرض المسألة المرور على ذلك فى رجوعها إلى مصرها أو مضيها وبين الجانبين مدة سفر ، ثم رجعت

سفر (أو كانت فى مصر) أو قرية تصلح للإقامة (تعتد ثمة) إن لم تجد محرما اتفاقا ، وكذا إن وجدت عند الإمام (ثم تخرج بمحرم) إن كان (وتنتقل المعتدة) المطلقة بالبادية فتح (مع أهل الكلا) فى محفة أو خيمة مع زوجها (إن تضررت بالمكث فى المكان) الذى طلقها فيه فله أن يتحول بها وإلا لا ، وليس للزوج المسافرة بالمعتدة ولو عن رجعى بحر .

(ومطلقة الرجعى كالبائن) فيما مر (غير أنها تمنع من مفارقة زوجها فى) مدة (سفر) لقيام الزوجية ، بخلاف المبانة كما مر .

[فروع] طلب من القاضى أن يسكنها بجواره لايجيبه وإنما تعتد فى مسكن المفارقة ظهيرية .

قبلت ابن زوجها فلها السكنى لاالنفقة . تتارخانية لاتمنع معتدة نكاح فاسد من الخروج مجتبى .

قلت : مر عن البزازية خلافه ، لكن فى البدائع لها منعها لتحصين مائه ككتابية ومجنونة وأم ولد أعتقها فليحفظ .

النهر فلم أرها فيه (قوله أو كانت) أى حين الطلاق أو الموت (قوله تصلح للإقامة) بأن تأمن فيها على نفسها ومالها وتجد ماتحتاجه (قوله وليس للزوج الخ) أى ليس له إذا طلقها فى منزلها أن يسافر بها (قوله فى محفة) بكسر الميم : مركب النساء كالهودج قاموس (قوله مع زوجها) أى حالة كونها معه فى المحفة أو الخيمة فلو قدّم الظرف على المجرور لكان أولى وعبارة البحر عن الظهيرية : طلقها بالبادية وهى معه فى محفة أو خيمة والزوج ينتقل من موضع الخ .

قلت : والظاهر أن هذا إذا لم يمكن انفرادها فى المحفة أو الخيمة عنه ولاعمل ساتر بينهما قال الرحمتى : فإن كان فاسقا يجب أن يحال بينهما بامرأة ثقة قادرة على الحيلولة ، والله أعلم (قوله ولا عن رجعى) . تقدم للكمال فى الرجعة عدّ السفر رجعة ط (قوله فيما مر) أى من أحكام الطلاق فى السفر ، هكذا يفهم من كلامهم (قوله بخلاف المبانة) فإنها ترجع أو تمضى مع من شاءت لارتفاع النكاح بينهما فصار أجنبيا زيلعى (قوله طلب من القاضى الخ) علم هذا مما مر متنا (قوله فلها السكنى) لأنها حق الشرع لا النفقة ، لأن الفرقة جاءت بمعصيتها ط (قوله مر عن البزازية خلافه) أى مر فى باب العدة قبيل قول المصنف قالت مضت عدتى الخ حيث قال هناك ولا تعتد فى بيت الزوج بزازية اه فافهم ، لكن هذا موافق لما فى المجتبى لا مخالف ، فكان المناسب أن يقوم مر عن الظهيرية خلافه : أى مر فى هذا الفصل عند قول المصنف ولا تخرج معتدة رجعى وبائن حيث قال الشارح بأىّ فرقة كانت على ما فى الظهيرية ، وقدمنا عبارتها هناك ، ومنها حكاية ما فى البزازية عن الأوزجندى (قوله لكن فى البدائع الخ) كأنه أراد بهذا الاستدراك رفع التنافى بين النصين بحمل جواز الخروج على عدم منع الزوج وعدم الخروج على المنع فتأمل اه ح .

قلت : لكن ينبغى تقييده بما إذا لم يكن لها زوج ، لأن حق زوجها مقدم ، ويؤيده ما فى كافى الحاكم : وليس على أم الولد فى عدتها من سيدها ولا على المعتدة من نكاح فاسد اتقاء شىء من ذلك .

ولهما أن تخرجا وتبيتا فى غير منازلهما ، ألا ترى أن امرأة رجل لو تزوجت ودخل بها الزوج ثم فرق بينهما وردت إلى زوجها الأول كان لها أن تتشوف إلى زوجها الأول وتتزين له وعليها عدة الآخر ثلاث حيض اه والله سبحانه أعلم .

فصل فى ثبوت النسب

(أكثر مدة الحمل سنتان) لخبر عائشة رضى الله عنها كما مر فى الرضاع ، وعند الأئمة الثلاثة أربع سنين (وأقلها ستة أشهر) إجماعا (فيثبت نسب) ولد (معتدة الرجعى) ولو بالأشهر لإياسها بدائع وفاسد النكاح فى ذلك كصحيحه قهستانى (وإن ولدت لأكثر من سنتين) ولو لعشرين سنة فأكثر لاحتمال امتداد طهرها وعلوقها فى العدة (مالم تقر بمضى العدة) والمدة تحتمله (وكانت) الولادة (رجعة) لو (فى الأكثر منهما)

فصل فى ثبوت النسب

أى فى بيان ما يثبت النسب فيه ومالا يثبت .

قال فى النهر : لما فرغ من ذكر أنواع المعتدات ذكر مايلزم من اعتداد ذوات الحمل وهو ثبوب النسب، وهو مصدر نسبه إلى أبيه (قوله لخبر عائشة) هو ما أخرجه الدارقطنى والبيهقى فى سننهما أنها قالت « ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر مايتحول ظل عمود المغزل » وفى لفظ «لا يكون الحمل أكثر من سنتين » الخ وتمامه فى الفتح . قال فى البحر : وظل المغزل مثل للقلة لأنه حال الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال (قوله أربع سنين) لما روى الدارقطنى عن مالك بن أنس قال : هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن فى اثنتى عشرة سنة كل بطن فى أربع سنين . ولايخفى أن قول عائشة رضى الله تعالى عنها مما لا يعرف إلا سماعا فهو مقدم على هذا ، لأنه بعد صحة نسبته إلى الشارع لايتطرق إليه الخطأ ، بخلاف الحكاية فإنها بعد صحة نسبتها إلى مالك يحتمل خطؤها ، وكون دمها انقطع أربع سنين ثم جاءت بولد فيجوز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ولو وجدت حركة فى البطن مثلا فليس قطعا فى الحمل ، وتمامه فى الفتح (قوله ولو بالأشهر لإياسها) أى لظن إياسها لأنه تبين بولادتها أنها لم تكن آيسة ط عن أبى السعود .

قلت : وهذا تعميم للمعتدة أى لا فرق بين المعتدة بالحيض أو بالأشهر فى البائن والرجعى إذا لم تقر بانقضاء العدة ، وإن أقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة أشهر فكذلك لأنه تبين أن عدتها لم تكن بالأشهر فلم يصح إقرارها ، وإن أقرت به مطلقا فى مدة تصلح لثلاثة أقراء، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر مذ أقرت ثبت النسب وإلا فلا، لأنه لما بطل اليأس حمل إقرارها على الانقضاء بالأقراء حملا لكلامها على الصحة عند الإمكان اه من البدائع ملخصا، واختصره فى البحر اختصارا مخلا (قوله وفاسد النكاح فى ذلك كصحيحه) فيه نظر ، فإنه لا يلائم قولهم ، إذا أتت به لتمام السنتين أو لأكثر منهما كان رجعة ، لأن الوطء فى عدة النكاح الفاسد لايوجب الرجعة فتأمل ح . وأجاب ط بأن الإشارة فى قوله ذلك لثبوت النسب لا للرجعة . قال. ثم إن محل ثبوت النسب فيه إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت المفارقة لا لأكثر منهما ، ويحرر الحكم فيما إذا أتت به لتمامها اه وقدمنا فى باب المهر تمام الكلام عليه (قوله والمدة تحتمله) أى تحتمل المضى وهذا القيد لمفهوم المتن لا لمنطوقه ، لأن عدم إقرارها بمضى العدة فيما إذا ولدته لأكثر من سنتين لا يصح تقييده باحتمال المضى .

وعبارة الفتح وغيره . ما لم تقر بانقضاء العدة ، فإن أقرت بانقضائها والمدة تحتمله بأن تكون ستين يوما على قول الإمام وتسعة وثلاثين على قولهما ثم جاءت بولد لايثبت نسبه إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فإنه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الإقرار فيظهر كذبها ، وكذا هذا فى المطلقة البائنة والمتوفى عنها إذا ادعت انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه ولأقل يثبت اه (قوله فى الأكثر منهما) أى من

أو لتمامهما لعلوقها فى العدة (لا فى الأقل) للشك وإن ثبت نسبه (كما) يثبت بلا دعوة احتياطا (فى مبتوتة جاءت به لأقل منهما) من وقت الطلاق لجواز وجوده وقته ولم تقرّ بمضيها كما مر (ولو لتمامهما لا) يثبت النسب، وقيل يثبت لتصور العلوق فى حال الطلاق ؛ وزعم فى الجوهرة أنه الصواب (إلا بدعوته) لأنه التزمه ، وهى شبهة عقد أيضا وإلا إذا ولدت توأمين أحدهما لأقل من سنتين والآخر لأكثر

السنتين (قوله أو لتمامهما) تصريح بما فهم من قوله لا فى الأقل ، لأن التقييد به مع فهمه من التقييد بالأكثر لبيان أن حكم السنتين حكم الأكثر كما نبه عليه فى البحر (قوله لعلوقها فى العدة) فيصير بالوطء مراجعا نهر ، فقوله وكانت الولادة رجعة معناه أنها دليل الرجعة لأن الرجعة حقيقة بالوطء السابق لا بها (قوله للشك) لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (قوله وإن ثبت نسبه) لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدة جوهرة (قوله كما فى مبتوتة) يشمل البت بالواحدة والثلاث والحرة والأمة بشرط أن لا يملكها كما يأتى ، ويشمل ما إذا تزوجها فى العدة أولا بحر ، وسيأتى بيانه فى الفروع ؛ ونقل ط عن الحموى عن البرجندى اشتراط كون المبتوتة مدخولا بها فلو غير مدخول بها فولدت لستة أشهر أو أكثر من وقت الفرقة لا يثبت ، وإن لأقل منها ثبت : أى إذا كان من وقت العقد ستة أشهر فأكثر اه .

مطلب فى ثبوت النسب من المطلقة

وفى البحر : واعلم أن شرط ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بما سيأتى من الشهادة بالولادة أو اعتراف من الزوج بالحبل أو حبل ظاهر بحر (قوله لجواز وجوده) أى الحمل وقته : أى وقت الطلاق (قوله ولم تقر بمضيها) فلو أقرت به فكالرجعى كما قدمناه عن الفتح (قوله كما مر) أى اشتراط عدم الإقرار المذكور مماثل لما مر فى الرجعى (قوله ولو لتمامهما لا) خصه بالذكر لأن فى الولادة للأكثر لا يثبت بالأولى اهـ ح (قوله لا يثبت النسب) لأنه لو ثبت لزم سبق العلوق على الطلاق إذ لا يحل الوطء بعده ؛ بخلاف المطلقة الرجعية ، فحينئذ يلزم كون الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين بحر .

(قوله لتصوّر العلوق فى حال الطلاق) أى فيكون قبل زوال الفراش كما قرره قاضيخان وهو حسن ، وحينئذ فلا يلزم كون الولد فى البطن أكثر من سنتين أفاده فى النهر وهو مأخوذ من الفتح (قوله وزعم فى الجوهرة أنه الصواب) حيث جزم بأن قول القدورى لا يثبت سهو ، لأن المذكور فى غيره من الكتب أنه يثبت . قال فى النهر والحق حمله على اختلاف الروايتين لتوارد المتون على عدم ثبوته كما قال القدورى ؛ إذ قد جرى الكنز والوافى ، وهكذا صدر الشريعة وصاحب المجمع وهم بالرواية أدرى (قوله لأنه التزمه) أى وله وجه بأن وطئها بشبهة فى العدة هداية وغيرها (قوله وهى شبهة عقد أيضا) أى كما أنها شبهة فعل ، وأشار به إلى الجواب عن اعتراض الزيلعى بأن المبتوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة فى الفعل ، وقد نصوا على أن شبهة الفعل لا يثبت فيها النسب وإن ادعاه . وأجاب فى البحر بأن وطء المطلقة بالثلاث أو على مال لم تتمحض للفعل بل هى شبهة عقد أيضا فلا تناقض أى لأن ثبوت النسب لوجود شبهة العقد ، على أنه صرح ابن ملك فى شرح المجمع بأن من وطىء امرأة زفت إليه وقيل له إنها امرأتك فهى شبهة فى الفعل وأن النسب يثبت إذا ادعاه ، فعلم أنه ليس كل شبهة فى الفعل تمنع دعوى النسب اهـ وسيأتى فى الحدود إن شاء الله تعالى تحقيق الفرق بين شبهة الفعل وشبهة العقد وشبهة المحل اهـ ح ملخصا (قوله وإلا إذا ولدت توأمين الخ) أى فيثبت نسبهما ، كمن باع جارية فجاءت بتوأمين كذلك فادعاهما

وإلا إذا ملكها فيثبت إن ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء ولو لأكثر من سنتين من وقت الطلاق وكالطلاق سائر أسباب الفرقة بدائع ، لكن فى القهستانى عن شرح الطحاوى أن الدعوة مشروطة فى الولادة لأكثر منهما (وإن لم تصدقه) المرأة (لافى رواية) وهى الأوجه فتح .

(و) يثبت نسب ولد المطلقة ولو رجعيا (المراهقة والمدخول بها) وكذا غير المدخولة (إن ولدت لأقل) من الأقل غير المقرة بانقضاء عدتها ،

البائع يثبت نسبهما وينقض البيع وهذا عندهما . وقال محمد : لا يثبت لأن الثانى من علوق حادث بعد الإبانة ، فيتبعه الأول لأنهما توأمان ، قيل هو الصواب ، لأن ولد الجارية الثانى يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه ، بخلاف الولد الثانى فى المبتونة فتح (قوله وإلا إذا ملكها) أقول : هذه المسألة ستأتى فى أول الفروع .

وحاصلها أنه إذا طلق أمته فاشتراها ، فإما أن يطلقها قبل الدخول أو بعده ، والثانى إما رجعى أو بائن بواحدة أو اثنتين ، فإن كان قبل الدخول اشترط لثبوت نسبه ولادته لأقل من نصف حول مذ طلقها ، وإن كان بعده بطلقتين اشترط سنتان فأقل مذ طلقها ، ولا اعتبار لوقت الشراء فيهما وإن بطلقة بائنة فكذلك ، ولو رجعيا يثبت ولو لعشر سنين بعد الطلاق بشرط كونه لأقل من ستة أشهر مذ شراها فى المسألتين ، وبه علم أن قوله ولو أكثر من سنتين خاص بالرجعى وكلامنا فى البائن ، فالصواب حذف لفظ أكثر فافهم (قوله بدائع) حيث قال : وكل جواب عرفته فى المعتدة عن طلاق فهو الجواب فى المعتدة من غير طلاق من أسباب الفرقة اهـ بحر : أى كالفرقة بردة أو بخيار بلوغ أو عتق أو عدم كفاءة أو عدم مهر مثل (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على قول المصنف وإن لتمامهما لا إلا بدعوته . وعبارة القهستانى : لكن فى شرح الطحاوى أن الدعوة مشروطة فى الولادة لأكثر منهما اهـ فإنه يقتضى مفهومه أنه لا يحتاج إلى دعوة فى الولادة لتمامهما . ويمكن جريانه على الرواية التى جرى عليها فى الجوهرة ، وكلام المصنف على رواية القدورى ط فافهم (قوله وإن لم تصدقه) أى فى أن الولد منه (قوله وهى الأوجه) لأنه يمكن منه وقد ادعاه ولا معارض ، ولذا لم يذكر اشتراط تصديقها فى رواية إلا السرخسى فى المبسوط والبيهقى فى الشامل ، وذلك ظاهر فى ضعفها وغرابتها فتح .

مطلب فى ثبوت النسب من الصغيرة

(قوله ويثبت الخ) قال فى الفتح : حاصل المسألة أن الصغيرة إذا طلقت ، فإما قبل الدخول أو بعده ، فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق به ، وإن جاءت به لأكثر منها لا يثبت ، لأن الفرض أن لا عدة عليها ، ولا يستلزم كونه قبل الطلاق لتلازم العدة ؛ وإن طلقها بعد الدخول ، فإن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت ، وإن لستة أشهر أو أكثر لا يثبت لانقضاء العدة بإقرارها ، ولا يستلزم كونه قبلها حتى يتيقن بكذبها وإن لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا ؛ فعندهما إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت وإلا فلا . وعند أبى يوسف يثبت إلى سنتين فى البائن وإلى سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى لاحتمال وطئها فى آخر عدتها الثلاثة الأشهر وإن ادعت حبلا فكالكبيرة فى أنه لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لا مطلقا اهـ وتمامه فيه (قوله ولد المطلقة) أما الصغيرة المتوفى عنها فيأتى بيانها (قوله ولو رجعيا) إنما بالغ به لأنه يخالف حكم البائن بالسهولة كما تقدم ، فأفاد بها اتحاده مع البائن هنا ط (قوله المراهقة) المقاربة للبلوغ ، وهى من بلغت سنا يمكن أن تبلغ فيه وهو تسع سنين ولم توجد منها علامة البلوغ أما من دونها فلا يمكن فيها الحبل (قوله إن ولدت لأقل من الأقل) أى من أقل مدة الحمل ،

وكذا المقرة إن ولدت لذلك من وقت الإقرار إذا لم تدع حبلا ، فلو ادعته فكبالغة لأقل من تسعة أشهر مذ طلقها لكون العلوق فى العدة (وإلا لا) لكونه بعدها ، لأنها لصغرها يجعل سكوتها كالإقرار بمضى عدتها :

(فلو ادعت حبلا فهى ككبيرة) فى بعض الأحكام (لاعترافها بالبلوغ ، و) يثبت نسب ولد معتدة (الموت لأقل منهما من وقته) أى الموت (إذا كانت كبيرة ولو غير مدخول بها) أما الصغيرة ، فإن ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت وإلا لا . ولو أقرت بمضيها بعد أربعة أشهر وعشر فولدته لستة أشهر لم يثبت :

وأما الآيسة فكحائض لأن عدة الموت بالأشهر للكل

فالمعنى لأقل من ستة أشهر : أى من وقت الطلاق (قوله وكذا المقرة) أى من أقرت بانقضائها بعد ثلاثة أشهر (قوله إن ولدت لذلك) أى لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار أى ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق لظهور كذبها بيقين كما فى الزيلعى ، وحينئذ فلا فرق بين الإقرار وعدمه فى أنه لا يثبت النسب إلا إذا ولدته لأقل من تسعة أشهر ، وإنما قيد بعدم الإقرار لأن فيه خلاف أبى يوسف كما مر ، بخلاف ما إذا أقرت فإنه بالاتفاق كما علمت أفاده ح (قوله فلو ادعته فكبالغة) تكرار مع ما يأتى فى المتن مع ما فيه من الإطلاق فى محل التقييد ح (قوله لأقل من تسعة أشهر) قيد لقوله ويثبت نسب ولد المطلقة المراهقة : أى ولدها المولود لأقل الخ وإنما ثبت فى ذلك لأن عدتها ثلاثة أشهر وأدنى مدة الحمل ستة أشهر ، فإذا ولدته لأقل من تسعة أشهر مذ طلقها تبين أن الحمل كان قبل انقضاء العدة ، وهذا معنى قول الشارح لكون العلوق فى العدة (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن لأقل بل ولدته لتسعة أشهر فأكثر فإنه لا يثبت نسبه لأنه حمل حادث بعد العدة أما إن أقرت بانقضائها فظاهر ، وأما إن لم تقر فكان القياس على الكبيرة يقتضى أن يثبت إذا ولدته لأقل من سنتين كما قال أبو يوسف .

والفرق لهما أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة فى الشرع فيمضيها بحكم الشرع بالانقضاء ، وهى فى الدلالة فوق إقرارها ، وتمامه فى الفتح (قوله لكونه بعدها) علة لعدم الثبوت ، وقوله لأنها الخ علة للبعدية ، وقوله لصغرها علة للجعل مقدمة على معلولها (قوله فى بعض الأحكام) أى فى حق ثبوت نسبه من حيث إنه لا يقتصر على أقل من تسعة أشهر ، بل يثبت إذا ولدته لأقل من سنتين لو الطلاق بائنا ، ولأقل من سبعة وعشرين شهرا لو رجعيا لا مطلقا ؛ فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها فى الطلاق الرجعى لأكثر من سنتين وإن طال إلى سن الإياس لجواز امتداد طهرها ووطئه إياها فى آخر الطهر بحر . أما الصغيرة فإن عدتها ثلاثة أشهر فيحتمل وطؤها فى آخر عدتها ثم تحبل سنتين فلابد من أن يكون أقل من سبعة وعشرين شهرا من حين الإقرار (قوله لاعترافها بالبلوغ) لأن غير البالغة لا تحبل (قوله لأقل منهما) أى من سنتين (قوله إن كانت كبيرة) أى ولم تقر بانقضاء عدتها ، وأما إذا أقرت فهى داخلة فى عموم قوله الآتى ، وكذا المقرة بمضيها الخ بحر (قوله أما الصغيرة) أى التى لم تقر بالحبل ولا بانقضاء العدة ، وهذا عندهما . وعند أبى يوسف يثبت إلى سنتين . والوجه ما بينا فى المعتدة الصغيرة من الطلاق زيلعى (قوله ثبت) لأنه تبين أنه كان موجودا قبل مضى عدة الوفاة بحر (قوله وإلا لا) لأنه حادث بعد مضيها بحر (قوله ولو أقرت بمضيها الخ) يغنى عنه ما يذكره المصنف فى بيان المقرة ، لكنه لما رأى المصنف قيد أول المسألة بالكبيرة دفع توهم عدم دخول الصغيرة فى كلامه الآتى فخصها بالذكر هنا :

وبقى ما لو ادعت الصغيرة الحبل وهى كالكبيرة يثبت نسبه إلى سنتين ، لأن القول قولها فى ذلك زيلعى (قوله لستة أشهر) أى فصاعدا زيلعى (قوله لم يثبت) لاحتمال حدوثه بعد الإقرار كما يأتى (قوله وأما الآيسة فكحائض الخ) اعلم أن ما ذكره الشارح هنا من حكم الصغيرة والآيسة تبع فيه الزيلعى ، ومشى عليه فى النهر ، وكذا فى البحر

إلا الحامل زيلعى .

(وإن ولدته لأكثر منهما) من وقته (لا) يثبت بدائع ، ولو لهما فكالأكثر بحر بحثا (و) كذا (المقرة بمضيها) لو (لأقل من أقل مدته من وقت الإقرار) ولأقل من أكثرها من وقت البت للتيقن بكذبها (وإلا لا) يثبت ، لاحتمال حدوثه بعد الإقرار .

(و) يثبت نسب ولد (المعتدة) بموت أو طلاق (إن جحدت ولادتها

فى مسألة المراهقة السابقة ، لكنه خالف هنا فقال وشمل ماإذا كانت من ذوات الأقراء أو الأشهر لكن قيده فى البدائع بأن تكون من ذوات الأقراء . قال : وأما إذا كانت من ذوات الأشهر ، فإن كانت آيسة أو صغيرة فحكمها فى الوفاة ماهو حكمها فى الطلاق وقد ذكرناه اه . وذكر فى النهر أنه لم ير ذلك فى البدائع . قلت : فلعله ساقط من نسخته فقد رأيته فيها (قوله إلا الحامل) فعدتها بوضع الحمل للموت وغيره (قوله من وقته) أى الموت (قوله ولو لهما) أى ولو ولدته لسنتين (قوله فكالأكثر) قياسا على مامر فى معتدة الطلاق البت ، لكن تقدم أن فيه اختلاف الروايتين (قوله وكذا المقرة بمضيها) أى يثبت نسب ولدها أى مطلقا سواء كانت معتدة بائن أو رجعى أو وفاة كما فى الهداية ، لكن فى الخانية أنه يثبت فى المطلقة الآيسة إلى سنتين وإن أقرت بانقضائها ، وقدمناه عن البدائع فارجع إليه بحر ، وشمل الإطلاق المراهقة أيضا كما فى شرح مسكين ، ولذا قال ابن الشلبى فى شرحه على الكنز ماذكر من أول الفصل إلى هنا قبل الاعتراف بمضيها (قوله لو لأقل من أقل مدته) أى مدة الحمل أى لأقل من ستة أشهر (قوله ولأقل من أكثرها) أى أكثر مدة الحمل أى ولأقل من سنتين من وقت الفراق ، فإن الأكثر لايثبت ولو لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار بحر (قوله للتيقن بكذبها) استشكله الزيلعى بما إذا أقرت بانقضائها بعد مضى سنة مثلا ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من سنتين من وقت الفراق فإنه يحتمل أن عدتها انقضت فى شهرين أو ثلاثة ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل ، ولايلزم من إقرارها بانقضائها أن تنقضى فى ذلك الوقت ، فلم يظهر كذبها بيقين إلا إذا قالت انقضت عدتى الساعة ثم ولدت لأقل المدة من ذلك الوقت اه . واستظهره فى البحر وقال : يجب حمل كلامهم عليه كما يفهم من غاية البيان ، وتبعه فى النهر والشرنبلالية :

لايقال : إن النسب يثبت عند الإطلاق لأنه حق الولد فيحتاط فى إثباته نظرا للولد . لأنا نقول : إن ذلك عند قيام العقد ، أما بعد زواله أصلا فلا ، وهنا لما أقرت بانقضاء العدة والقول قولها فى ذلك زال العقد أصلا وحكم الشرع بحلها للأزواج مالم يوجد مايبطل إقرارها ويتيقن بكذبها . وعند الإطلاق لم يوجد ذلك ، وإلا لزم أن يثبت وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار مع أنهم أطبقوا على خلافه لاحتمال حدوثه . فافهم (قوله وإلا لا) أى وإن لم تلد لأقل من ستة شهر ، بأن ولدته لتمامها أو لأكثر من وقت الإقرار أو ولدته لأقل منها ولأكثر من سنتين من وقت البت ، وقوله لاحتمال حدوثه بعد الإقرار قاصر على الأول ، أما العلة فى الثانى فهى أن الولد لا يمكث فى البطن أكثر من سنتين أفاده ط (قوله بموت أو طلاق) أى بائن أو رجعى ، وبه صرح فخر الإسلام ، وعليه جرى قاضيخان ، وقيده السرخسى بالبائن .

قال فى البحر : والحق أنها فى الرجعى ، إن جاءت به لأكثر من سنتين احتيج إلى الشهادة كالبائن ، وإن لأقل يثبت نسبه بشهادة القابلة اتفاقا لقيام الفراش نهر . وعليه جرى الشارح كما يأتى فى قوله كما تكفى فى معتدة رجعى الخ ، فيحمل الطلاق هنا على البائن ليوافق كلامه الآتى فافهم (قوله إن جحدت) بالبناء للمجهول والفاعل

بحجة تامة) واكتفيا بالقابلة ، قيل وبرجل (أو حبل ظاهر) وهل تكفى الشهادة بكونه كان ظاهرا فى البحر بحثا؟ نعم (أو إقرار) الزوج (به) بالحبل ، ولو أنكر تعيينه تكفى شهادة القابلة إجماعا كما تكفى فى معتدة رجعى ولدت لأكثر من سنتين

الورثة في الموت والزوج فى الطلاق ح (قوله بحجة تامة) متعلق بيثبت : أى بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . ويصوّر فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته ، وفيما إذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا ، وبه يندفع ما أورد من أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل فتح ونهر (قوله واكتفيا بالقابلة) أى إذا كانت حرة مسلمة عدلة كما فى النسفى (قوله قيل وبرجل) أى على قولهما، وعبر عنه بقيل تبعا للفتح وغيره إشارة إلى ضعفه ، لكن قال فى الجوهرة : وفى الخلاصة يقبل على أصح الأقاويل ، كذا فى المستصفى اه ، ولعل وجه أن شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأتين (قوله أو حبل ظاهر) ظهوره بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر كما فى السراج . وقال الشيخ قاسم : المراد بظهوره أن تكون أمارات حملها بالغة مبلغا يوجب غلبة الظن بكونها حاملا لكل من شاهدها اه شرنبلالية . ومشى فى النهر على الثانى حيث قال أو حبل ظاهر يعرفه كل أحد اه وهذا يفيد أن الحبل قد يثبت بدون ولادة ، وهذا مؤيد لما قدمناه فى باب الرجعة (قوله وهل تكفى الشهادة) أى إذا ولدت وجحد الزوج الولادة ظهور الحبل ، لأن الحبل وقت المنازعة لم يكن موجودا حتى يكفى ظهوره بحر .

وحاصله أنه قبل الولادة إذا كان ظاهرا يعرفه كل أحد فلا حاجة إلى إثباته ، وأما بعد الولادة فبحث فى البحر أنه تكفى الشهادة على أنه كان ظاهرا ، وهو ظاهر فافهم (قوله ولو أنكر تعيينه الخ) ببناء أنكر للمجهول فيشمل إنكار الزوج وإنكار الورثة اه ح يعنى لو اعترف بولادتها وأنكر تعيين الولد يثبت تعيينه بشهادة القابلة إجماعا ، ولا يثبت بدونها إجماعا لاحتمال أن يكون غير هذا المعين بحر .

[تنبيه] لم يذكر ما إذا اعترف بالحبل أو كان ظاهرا أو كان الفراش قائما هل يحتاج فى ثبوت النسب إلى شهادة القابلة لتعيين الولد أم لا ؟ ظاهر كلام المصنف كالكنز والهداية لا ، وبه صرح فى البدائع ، وكذا فى غاية السروجى وأنكر على صاحب ملتقى البحار اشتراطه ذلك عند أبى حنيفة ، لكن رده الزيلعى بأنه سهو وأنه لابد منها لتعيين الولد إجماعا فى جميع هذه الصور وأطال فيه ، وجزم به ابن كمال ، ومثله ما فى الجوهرة من أنه لابد من شهادة القابلة لجواز أن تكون ولدت ولدا ميتا وأرادت إلزامه ولد غيره اه وهو صريح كلام الهداية آخرا ، وكذا كلام الكافى النسفى والاختيار والفتح وغيرهم ، وذكر فى البحر توفيقا بين القولين . قال فى النهر : إنه بعيد عن التحقيق . ورده أيضا المقدسى فى شرحه .

والحاصل كما فى الزيلعى أن شهادة النساء لا تكون حجة فى تعيين الولد إلا إذا تأيدت بمؤيد من ظهور حبل أو اعتراف منه أو فراش قائم ، نص عليه فى ملتقى البحار وغيره ، وإنما الخلاف فى ثبوت نفس الولادة بقولها : فعنده يثبت فى الصور الثلاث . وعندهما لا يثبت إلا بشهادة القابلة ، فلو علق الطلاق بولادتها يقع عنده بقولها ولدت لاعترافه بالحبل أو لظهوره . وعندهما لا يقبل حتى تشهد القابلة ، ونص عليه فى الإيضاح والنهاية وغيرها اه ملخصا (قوله كما تكفى الخ) تقييد لإطلاق قوله أو طلاق الشامل للرجعى والبائن ؛ لأن معتدة الرجعى إذا ولدت لأكثر من سنتين ولم تكن أقرت بانقضاء عدتها يكون ذلك رجعة أفاده ح أى رجعة بالوطء السابق فتكون قد ولدت والنكاح قائم ، فلا يتوقف ثبوت الولادة على الشهادة إذا أنكرها بل يكفى شهادة القابلة لقيام الفراش ،

لا لأقل (أو تصديق) بعض (الورثة) فيثبت فى حق المقرين (و) إنما (يثبت النسب فى حق غيرهم) حتى الناس كافة (إن تم نصاب الشهادة بهم) بأن شهد مع المقر رجل آخر ، وكذا لو صدق المقر عليه الورثة وهم من أهل التصديق فيثبت النسب ولا ينفع الرجوع (وإلا) يتم نصابها (لا) يشارك المكذبين ، وهل يشترط لفظ الشهادة ومجلس الحكم ؟ الأصح لا نظرا لشبه الإقرار ، وشرطوا العدد نظرا لشبه الشهادة . ونقل المصنف عن الزيلعى مايفيد اشتراط العدالة . ثم قال : فقول شيخنا وينبغى أن لاتشترط العدالة مما لاينبغى .

قلت : وفيه أنه كيف تشترط العدالة فى المقر ، اللهم إلا أن يقال لأجل السراية فتأمل ، وليراجع .

فيثبت النسب بالفراش وتعيين الولادة بشهادة القابلة كما ذكره الزيلعى فى ولادة المنكوحة (قوله لا لأقل) أى لاتكفى شهادة القابلة على الولادة لأقل من سنتين لانقضاء عدتها ، فلم تبق زوجة ، والولادة لتمام السنتين كذلك كما لايخفى ح (قوله أو تصديق بعض الورثة) المراد بالبعض من لايتم به نصاب الشهادة وهو الواحد العدل أو الأكثر مع عدم العدالة كما يظهر من مقابله ح .

وصورة المسألة لو ادعت معتدة الوفاة الولادة فصدقها الورثة ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت فى قولهم جميعا لأن الإرث خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه فتح (قوله فيثبت فى حق المقرين) الأولى فى حق من أقر ليشمل الواحد ولأنهم لو كانوا جماعة ثبت فى حق غيرهم أيضا ، إلا أن يحمل على ما إذا كانوا غير عدول أفاده ط (قوله فى حق غيرهم) أى فى حق من لم يصدق (قوله حتى الناس كافة) فإذا ادعى هذا الولد دينا للميت على رجل تسمع دعواه عليه بلا توقف على إثبات نسبه ثانيا (قوله إن تم نصاب الشهادة بهم) أى بالمقرين (قوله بأن شهد مع المقر رجل آخر) أفاد أنه لايشترط فى تمام نصاب الشهادة أن يكون كلهم ورثة ، لكن إذا كان أحد الشاهدين أجنبيا لابد من شروط الشهادة من مجلس الحكم والخصومة ولفظ الشهادة إذ هم شهود محض ليسوا بمقرين بوجه رحمتى (قوله وكذا لو صدق المقر عليه الورثة الخ) كذا فى أغلب النسخ ، فالمقر اسم فاعل منصوب على أنه مفعول صدق ، وعليه متعلق بصدق : أى على الإقرار والورثة بالرفع فاعل صدق . وفى بعض النسخ : لو صدقه عليه الورثة . وفى بعضها : لو صدق المقر بقية الورثة الخ ، وهما أحسن من النسخة الأولى (قوله وهم من أهل التصديق) المناسب : وهم من أهل الشهادة . قال فى الفتح : أما فى حق ثبوت النسب من الميت ليظهر فى حق الناس كافة ، قالوا : إذا كان الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة ، فيشارك المقرين منهم والمنكرين ، ويطالب غريم الميت بدينه اهـ (قوله وإلا يتم نصابها) بأن كان المصدق رجلا وامرأة مثلا ، وكذا لو كانا رجلين غير عدلين كما يظهر من عبارة الفتح المذكورة ومما يأتى (قوله لايشارك المكذبين) المناسب لعبارة المصنف أن يقول لا يثبت النسب فلا يشارك المكذبين (قوله الأصح لا) هذا إذا كان الشهود ورثة ، فلو فيهم غير وارث لابد من لفظ الشهادة ومجلس الحكم والخصومة لعدم شبهة الإقرار فى حقه كما تقدم رحمتى ، والمراد ما إذا لم يتم النصاب من الورثة ، إذ لو تم بهم لم ينظر إلى شهادة غيرهم (قوله نظرا لشبه الإقرار) علله فى الفتح بعلة أخرى ، وهى أن الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم ، ولا يراعى للتبع شرائطه إلا إذا ثبت أصالة . وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة لايثبت النسب إلا فى حق المقرين منهم اهـ (قوله عن الزيلعى) حيث قال : ويثبت فى حق غيرهم أيضا إذا كانوا من أهل الشهادة ، بأن كان فيهم رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيشارك المصدقين والمكذبين اهـ . ومثله قول الفتح المارّ وهم عدول ، وتعبيره بأهلية الشهادة (قوله فقول شيخنا) الشيخ زين ابن نجيم صاحب البحر (قوله إلا أن يقال لأجل السراية) أى لأجل سراية ثبوت النسب

(ولو ولدت فاختلفا) فى المدة (فقالت) المرأة (نكحتنى منذ نصف حول وادعى الأقل فالقول لها بلا يمين) وقالا تحلف ، وبه يفتى كما سيجىء فى الدعوى (وهو) أى الولد (ابنه) بشهادة الظاهر لها بالولادة من نكاح حملا لها على الصلاح .

(قال إن نكحتها فهى طالق فنكحها فولدت لنصف حول مذ نكحها لزمه نسبه) احتياطا لتصور الوطء حالة العقد ؛ ولو ولدته لأقل منه لم يثبت ، وكذا لأكثر ولو بيوم ، ولكن بحث فيه فى الفتح وأقره فى البحر (و) لزمه (مهرها)

إلى غير المقر ، وهذا الجواب ظاهر لايحتاج إلى التأمل والمراجعة ح (قوله كما سيجىء فى الدعوى) أى من أن الفتوى على قولهما بالتحليف فى المسائل الستة (قوله بشهادة الظاهر لها الخ) وهو له ظاهر يشهد له أيضا وهو إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته ، لكن ترجح ظاهرها بأن النسب يحتاط فى إثباته نهر ولا تحرم عليه بهذا النفى فتح .

[تنبيه] لاتسمع بينته ولا بينة ورثته على تاريخ نكاحها بما يطابق قوله لأنها شهادة على النفى معنى فلا تقبل والنسب يحتال لإثباته مهما أمكن والإمكان هنا بسبق التزوج بها سرا بمهر يسير وجهرا بأكثر سمعة ويقع ذلك كثيرا ، وهذا جوابى لحادثة فليتنبه له شرنبلالية (قوله فولدت لنصف حول) أى من غير زيادة ولا نقصان زيلعى (قوله لزمه نسبه) لأنها فراشه لأنها لما ولدت لستة أشهر من وقت النكاح فقد ولدت لأقل منها من وقت الطلاق ، فكان العلوق قبله فى حالة النكاح والتصور ثابت الخ هداية (قوله لتصور الوطء حالة العقد) بأن عقدا بأنفسهما وسمع الشهود كلامهما وهو مخالط لها فوافق النكاح الإنزال ، أو وكلا فى العقد فى ليلة معينة فوطئها فيها فيحمل على المقارنة إذا لم يعلم تقدم العقد كما فى شرح الشلبى ، أو يتزوجها عند الشهود والعاقد من طرفها فضولى ويكون تمام العقد برضاها حال المواقعة كما فى منهوات ابن كمال . قال فى الفتح : وحاصله أن الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهى فراش فيثبت نسبه (قوله لم يثبت) لأنه تبين أن العلوق كان سابقا على النكاح زيلعى (قوله وكذا لأكثر) لأنه تبين أنها علقت بعده ، لأنا حكمنا حين وقع الطلاق بعدم وجوب العدة لكونه قبل الدخول والخلوة ، ولم يتبين بطلان هذا الحكم زيلعى . أما إذا ولدته لستة أشهر لاغير فعليها العدة لحملها بثابت النسب شرنبلالية أى لأنه حكم بعلوقها وقت النكاح قبل الطلاق كما علمت من عبارة الهداية ، فقد وقع الطلاق عليها وهى حامل ، وعليه فهو طلاق بعد الدخول فتعتد بوضع الحمل ، وقد صرح فى النهر بأن هذا الطلاق رجعى وبانقضاء العدة بالوضع (قوله ولو بيوم) أى لحظة ح (قوله وأقره فى البحر) حيث قال : وتعقبه فى فتح القدير بأن منعهم النسب هنا فى مدة يتصور أن يكون منه وهى سنتان ينافى الاحتياط فى إثباته ، والاحتمال المذكور فى غاية البعد ، فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر من ستة أشهر وربما تمضى دهور ولم يسمع فيها بولادة ستة أشهر ، فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال ، فأى احتياط فى إثبات النسب إذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضى نفيه وتركنا ظاهرا يقتضى ثبوته ، وليت شعرى أى الاحتمالين : أبعد الاحتمال الذى فرضوه لتصور العلوق منه لثبوت النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها ووافق الإنزال العقد أو احتمال كون الحمل إذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره اهـ ح .

أقول : وحاصله إلحاق الولادة لأكثر من نصف حول بالولادة لنصفه فى ثبوت النسب . ويمكن الجواب بالفرق ، وهو أنه فى صورة النصف كان الولد موجودا وقت العقد يقينا ، فإذا أمكن حدوثه من العاقد ولو بوجه بعيد تعين ارتكابه ، بخلاف ما إذا أمكن حدوثه بعد العقد ، بأن ولدته لأكثر من نصف حول ولو بيوم ، فإنه لم يتيقن بوجوده وقته حتى يرتكب له الوجه البعيد مع حكم الشرع عليها بما ينافى وجوده وهو عدم العدة :

بجعله واطئا حكما ولا يكون به محصنا نهاية :

(علق طلاقها بولادتها لم تطلق بشهادة امرأة) بل بحجة تامة خلافا لهما كما مر :

(ولو أقر) المعلق (مع ذلك بالحبل) أوكان ظاهرا (طلقت) بالولادة (بلا شهادة) لإقراره بذلك .

وأما النسب ولوازمه كأمومة الولد فلا يثبت بدون شهادة القابلة اتفاقا بحر :

(قال لأمته إن كان فى بطنك ولد) أو إن كان بها حبل (فهو منى فشهدت امرأة) ظاهره يعم غير القابلة

والحاصل أن فى كل من الصورتين الاحتمال البعيد المخالف للعادة المستمرة وهو الولادة لستة أشهر ، لكن إذا زاد عليها بيوم مثلا احتمل وجوده وعدمه ، وقد عارض احتمال الوجود الحكم عليها بعدم العدة ، بخلاف ما إذا لم يزد للتيقن بوجوده وقت العقد مع فقد المعارض ، هذا ماظهر لى فتدبره (قوله بجعله واطئا) لأنه بثبوت النسب جعل واطئا حكما . قال الزيلعى : وكان ينبغى وجوب مهرين مهر بالوطء ومهر بالنكاح ؛ كما لو تزوج امرأة حال وطئها . وأجاب فى الفتح بمنع الفرع المشبه به وأنه مشكل لمخالفته صريح المذهب ، لأن الأصح فى ثبوت النسب إمكان الدخول ولا يتصور إلا بتزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج ، وقد حكم فيه بمهر واحد فى صريح الرواية ، فالحكم بمهرين فى الفرع المشبه به مخالف لذلك .

قلت : الفرع منقول ، فالأحسن الجواب بأن الوطء فى مسألتنا يمكن تصوره حالة التزوج كما مر تصويره عن ابن الشلبى وابن كمال ، فلا يلزم إلا مهر واحد بالدخول المقارن للعقد بخلاف الفرع المذكور فإن العقد فيه عارض على الوطء فلذا وجب فيه مهران :

ونقل ح عن شيخه فى تصوير المقارنة أن يقال : إنه قال أولا تزوجتك ثم أولج وأمنى وقالت قبلت فى وقت واحد فكان الوطء حاصلا فى صلب العقد غير متقدم عليه ولا متأخر عن وقوع الطلاق اه وماذكرناه أقرب :

وقد يجاب بأحسن من هذا كله وهو أنه جعل واطئا حكما ضرورة ثبوت النسب لاحقيقة فلم يتحقق موجب المهرين فوجب أحدهما بخلاف الفرع المذكور (قوله ولا يكون به محصنا) لأنه وطء حكمى كما علمت ، فإذا زنى يجلد ولا يرجم (قوله لم تطلق بشهادة امرأة) أى على الولادة إذا أنكرها ، لأن شهادتهن ضرورية فى حق الولادة فلا تظهر فى حق الطلاق لأنه ينفك عنها بحر (قوله كما مر) حيث قال فى شرح قول المصنف إن جحدت ولادتها الخ واكتفيا بالقابلة ط ، وقدمنا تقييدها بكونها حرة مسلمة عدلة (قوله مع ذلك) أى التعليق ط (قوله بلا شهادة) أى أصلا : وعندهما تشترط شهادة القابلة بحر (قوله لإقراره بذلك) أى حكما ، لأن إقراره بالحبل إقرار بما يفضى إليه وهو الولادة ، وأما إذا كان الحبل ظاهرا فلأن الطلاق تعلق بأمر كائن لا محالة فيقبل قولها فيه بحر (قوله وأما النسب الخ) محترز قوله لم تطلق ، يعنى أن النسب يثبت بشهادة امرأة ، وكذا ماهو من لوازمه كأمومية الولد لوكانت المعلق طلاقها أمة ، حتى لو ملكها صارت أم ولد له ، وكثبوت اللعان فيما إذا نفاه ووجوب الحد بنفيه إن لم يكن أهلا للعان أفاده فى البحر (قوله أو إن كان بها حبل(١)) أى أو قال إن كان بها حبل فهو منى فلا فرق بينهما بحر : وفى بعض النسخ : إن كان بدون عطف ، وفى بعضها : وكان بدون إن . والظاهر أنهما تحريف (قوله ظاهره الخ) البحث لصاحب البحر وتبعه أخوه فى النهر وهو ظاهر ، ومن عبر بالقابلة بناه على الأغلب

---

(١) (قوله إن كان بها) فى نسخة « بك » وهى أولى من الأولى التى فيها إعادة الضمير مؤنثا على البطن مع أنه مذكر قاله نصر الهورينى .

(بالولادة ، فهى أم ولده) إجماعا (إن جاءت به لأقل من نصف حول من وقت مقالته ، وإن لأكثر منه لا) لاحتمال علوقه بعد مقالته ، قيد بالتعليق لأنه لو قال هذه حامل منى ثبت نسبه إلى سنتين حتى ينفيه غاية :

(قال لغلام هو ابنى ومات) المقر (فقالت أمه) المعروفة بحرية الأصل والإسلام وبأنها أم الغلام (أنا امرأته وهو ابنه ترثانه استحسانا ، فإن جهلت حريتها) أو أمومتها لم ترث ، وقوله (فقال وارثه أنت أم ولد أبى) قيد اتفاق ، إذ الحكم كذلك لو لم يقل شيئا أو كان صغيرا كما فى البحر (أو كنت نصرانية وقت موته ولم يعلم إسلامها) وقته (أو قال) وارثه

(قوله فهى أم ولده) لأن سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو منى ، وإنما الحاجة إلى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة اتفاقا درر (قوله وإن لأكثر منه لا) كذا قال الزيلعى . وزاد فى الفتح والبحر والنهر وغاية البيان والدرر : أو لتمامها ، وهو مشكل لأنه لا يمكن حينئذ علوقه بعد مقالته ، لأن ما بعدها دون نصف الحول فليتأمل وليراجع رحمتى (قوله حتى ينفيه) هو كذلك فى غاية البيان .

وقد يقال كيف يصح أن ينفيه بعد إقراره به فليتأمل رحمتى : قلت بل لى وقفة فى ثبوت نسبه لو جاءت به لأكثر من ستة أشهر .

ورأيت فى النهر من باب الاستيلاد أنه ينبغى أن يقيد بما إذا وضعته لأقل من نصف حول من وقت الاعتراف ، فلو لأكثر لا تصير أم ولد ثم نقله عن المحيط (قوله قال لغلام) أى يولد مثله لمثله ولم يكن معروف النسب ولم يكذبه ط (قوله المعروفة بحرية الأصل) كذا عبر بعض الشراح .

وذكر ابن الشلبى أن التقييد بالأصل غير ظاهر بل يكفى كونها حرة اهـ أى لأنه إذا أريد بحرية الأصل كون أوصالها أحرارا فهو غير شرط ، وكذا لو أريد به كونها حرة من حين أصل خلقتها لأن الحرية العارضة تكفى ، لكن قد يقال إن الحرية العارضة لا تكفى إلا إذا كانت قبل ولادة ذلك الغلام بسنتين وإلا فلا لاحتمال كونها أمة له واستولدها أو لغيره وتزوجها منه ثم ولدت هذا الغلام وأقر به فإنها حينئذ ليست من أهل الإرث ، بخلاف ما إذا علمت حريتها قبل الولادة بسنتين فأكثر فإنه يعلم كونها حرة وقت العلوق وأنها ولدت بالزوجية كما يأتى ، هذا ما ظهر لى (قوله وهو ابنه) لم يظهر لى وجه التقييد به فإن البنوة ثابتة باقرار الميت تأمل اهـ ح .

قلت : لعل وجهه أنها لو قالت أنا امرأته وهذا ابنى من رجل غيره تكون مكذبة له فيما توصلت به إلى إثبات كونها امرأته ، وهو قوله هو ابنى (قوله ترثانه) أى هى والغلام (قوله استحسانا) والقياس أن لا ميراث لها لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين ، فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح .

وجه الاستحسان أن المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام ، والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة لأنه الموضوع لحصول الأولاد دون غيره ، فهما احتمالان لا يعتبران فى مقابلة الظاهر القوى ، وكذا احتمال كونه طلقها فى صحته وانقضت عدتها ، لأنه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله كذا فى البحر ح (قوله فإن جهلت حريتها) أى بأن لم تعلم أصلا أو علم عروضها ولم تتحقق وقت العلوق على ما قررناه آنفا (قوله أو أمومتها) فى بعض النسخ بياء وتاء ولا حاجة إلى الياء التحتية ، لأن المصدر الأمومة قال ط : والمناسب زيادة أو إسلامها ليكون محترز الثالث (قوله قيد اتفاق) فائدة ذكره أن للوارث أن يقول ذلك كما فى البحر عن غاية البيان ح وكان ينبغى تأخير ذلك إلى آخر كلام المصنف (قوله أو كان صغيرا) أى الوارث

(كانت زوجة له وهى أمة لا) ترث فى الصور المذكورة ، وهل لها مهر المثل ؟ قيل نعم :

(زوّج أمته من عبده فجاءت بولد فادعاه المولى يثبت نسبه) للزوم فسخ النكاح وهو لايقبل الفسخ (وعتق) الولد (وتصير) الأمة (أم ولده) لإقراره ببنوته وأمومتها .

(ولدت أمته الموطوءة له ولدا توقف ثبوت نسبه على دعوته) لضعف فراشها (كأمة مشــتركة بين اثنين استولدها واحد) عبارة الدرر : استولداها (ثم جاءت بولد لايثبت النسب بدونها) لحرمة وطئها كأم ولد كاتبها مولاها ، وسيجيء فى الاستيلاد أن الفراش على أربع مراتب وقد اكتفوا بقيام الفراش بلا دخول كتزوج المغربى بمشرقية بينهما سنة فولدت لستة أشهر مذ تزوجها لتصوره كرامة أو استخداما فتح ؛

(قوله لا ترث) لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة فى دفع الرق لافى استحقاق الإرث هداية ، فهى كالمفقود يجعل حيا فى ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة إلى غيره حتى لايرث من أحد فتح ،وكذا إسلامها الآن لايثبت إسلامهاوقت موته ليثبت لها حق الإرث (قوله قيل نعم) قائله التمرتاشى ، قال لأنهم أقروا بالدخول ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم اهـ . وارتضاه فى النهاية والزيلعى والفتح .

قال فى البحر : ورده فى غاية البيان بأن الدخول إنما يوجب مهر المثل فى غير صورة النكاح إذا كان الوطء عن شبهة ولم يثبت النكاح هنا والأصل عدم الشبهة ، فبأى دليل يحمل على ذلك فلا يجب مهر المثل اهـ وأقره فى النهر ، وأنت خبير بأن هذا خاص بما إذا قال أنت أم ولد أبى مالو قال كنت نصرانية فقد أقر بالنكاح وكذا فى قوله كانت زوجة وهى أمة لكن فى هذه مطالبة المهر لمولاها لالها (قوله فجاءت بولد) أى لستة أشهر فأكثر من وقت التزوج وإلا فالظاهر ثبوت نسبه منه لما صرحوا به من أن المنكوحة لو ولدت لدون ستة أشهر لم يثبت نسبه من الزوج ويفسد النكاح لأنه لا يلزم كونها حاملا من زنا حتى يصح بل يحتمل كونه من زوج أو وطء شبهة فإذا فسد النكاح هنا صحت دعواه لعدم المانع . ثم رأيت فى حاشية العلامة نوح نقل ذلك عن حاشية الدرر للوانى وعن غيرها (قوله وهو لا يقبل الفسخ) يعنى بعد تمامه احترازا عن فسخه بعدم الكفاءة وبالبلوغ والعتق . وأما بالردة وبتقبيل ابن الزوج فهو وإن كان بعد التمام لكنه انفساخ لا فسخ أفاده ح (قوله لإقراره بنوته وأمومتها) لف ونشر مرتب فالأول علة لعتقه والثانى لصيرورتها أم ولده فتعتق بموته (قوله عبارة الدرر استولداها) أى بضمير التثنية ونبه به على أن ما هنا سبق قلم لأنه إذا استولدها الشريكان بأن جاءت بولد فادعياه وصارت أم ولدهما تبقى مشتركة فإذا جاءت بولد بعد ذلك لايثبت نسبه بلا دعوة لأنه لايحل وطؤها لواحد منهما ، بخلاف ما إذا استولدها أحدهما ولزمه لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وصارت مختصة به فإنه يحل له وطؤها فلا يحتاج الولد الثانى إلى دعوة أفاده الرحمتى فافهم (قوله كأم ولد كاتبها مولاها) فإنها إذا أتت بولد لايثبت من المولى إلا إذا ادعاه لحرمة وطئها عليه اهـ ح والتشبيه فى عدم ثبوت نسب الولد الثانى إلا بدعوته فحال الولد بعد الكتابة يخالف حاله قبلها فإنه قبلها يثبت بلا دعوة ط :

مطلب الفراش على أربع مراتب

(قوله على أربع مراتب) ضعيف ، وهو فراش الأمة لا يثبت النسب فيه إلا بالدعوة . ومتوسط وهو فراش أم الولد ، فإنه يثبت فيه بلا دعوة ، لكنه ينتفى بالنفى : وقوى ، وهو فراش المنكوحة ومعتدة الرجعى فإنه فيه لا ينتفى إلا باللعان . وأقوى كفراش معتدة البائن فإن الولد لاينتفى فيه أصلا ، لأن نفيه متوقف على اللعان وشرط اللعان الزوجية ح (قوله بلا دخول) المراد نفيه ظاهرا وإلا فلا بد من تصوره وإمكانه ولذا لم يثبتوا النسب من زوجة الطفل ولا ممن ولدت لأقل من ستة أشهر على ما مر تفصيله .

لـكن فى النهر : الاقتصار على الثانى أولى ، لأن طى المسافة ليس من الـكرامة عندنا .

قلت : لـكن فى عقائد التفتازانى جزم بالأول تبعا لمفتى الثقلين النسفى ، بل سئل عما يحكى أن الـكعبة كانت تزور واحدا من الأولياء هل يجوز القول به ، فقال : خرق العادة على سبيل الكرامة لأهل الولاية جائز عندأهل السنة ، ولا لبس بالمعجزة لأنها أثر دعوى الرسالة وبادعائها يكفر فورا فلا كرامة ، وتمامه فى شرح الوهبانية من السير عند قوله :

ومن لولى قال طى مسافة يجوز جهول ثم بعض يكفر

وإثباتها فى كل ماكان خارقا عن النسفى النجم يروى وينصر

مطلب فى ثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات

وعبارة الفتح : والحق أن التصور شرط ، ولذا لو جاءت امرأة الصبى بولد لا يثبت نسبه ، والتصور ثابت فى المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات ، فيكون صاحب خطوة أوجنى اه (قوله ليس من الـكرامة عندنا) لما فى العمادية أنه سئل أبو عبد الله الزعفرانى عما روى عن إبراهيم بن أدهم أنهم رأوه بالبصرة يوم التروية ورؤى ذلك اليوم بمكة ؟ قال : كان ابن مقاتل يذهب إلى أن اعتقاد ذلك كفر ،لأن ذلك ليس من الـكرامات بل هو من المعجزات ، وأما أنا فأستجهله ولا أطلق عليه الـكفر اه (قوله لـكن فى عقائد التفتازانى) أى فى شرحه على العقائد النسفية ، وهو متعلق بقوله جزم ، وكذا قوله بالأول ، والمراد به ما فى الفتح من إثبات طى المسافة كرامة ، وذلك أن التفتازانى : قال إنما العجب من بعض فقهاء أهل السنة حيث حكم بالـكفر على معتقد ماروى عن إبراهيم بن أدهم الخ ثم قال : والإنصاف ماذكره الإمام النسفى حين سئل عن مايحكى أن الـكعبة كانت تزور واحدا من الأولياء هل يجوز القول به ؟ فقال : نقض العادة على سبيل الـكرامة لأهل الولاية جائز عند أهل السنة اه .

قال العلامة ابن الشحنة : قلت النسفى هذا هو الإمام نجم الدين عمر مفتى الإنس والجن رأس الأولياء فى عصره اه وعبارة النسفى فى عقائده : وكرامات الأولياء حق ، فتظهر الـكرامة على طريق نقض العادة للولى ، من قطع المسافة البعيدة فى المدة القليلة ، وظهور الطعام والشراب واللباس عند الحاجة ، والمشى على الماء والهواء ، وكلام الجماد والعجماء ، واندفاع المتوجه من البلاء ، وكفاية المهم من الأعداء وغير ذلك من الأشياء اه (قوله بل سئل) أى النسفى ، وقوله فقال الخ جواب بالجواز على وجه العموم ، وقدمنا فى بحث استقبال القبلة عن عدة الفتاوى وغيرها : لو ذهبت الـكعبة لزيارة بعض الأولياء فالصلاة إلى هوائها اه ومثله فى الولوالجية (قوله ولا لبس بالمعجزة الخ) جواب عن قول المعتزلة المنكرين الـكرامات للأولياء ، لأنها لوظهرت لاشتبهت بالمعجزة فلم يتميز النبى من غيره . والجواب أن المعجزة لابد أن تـكون ممن يدعى الرسالة تصديقا لدعواه ، والولى لابد من أن يكون تابعا لنبى وتـكون كرامته معجزة لنبيه ، لأنه لا يكون وليا ما لم يكن محقا فى ديانته واتباعه لنبيه ؛ حتى لو ادعى الاستقلال بنفسه وعدم المتابعة لم يكن وليا بل يكون كافرا ولا تظهر له كرامة .

فالحاصل أن الأمر الخارق للعادة بالنسبة إلى النبى معجزة سواء ظهر من قبله أو من قبل آحاد أمته ، وبالنسبة إلى الولى كرامة لخلوه عن دعوى النبوة ، وتمامه فى العقائد وشرحها (قوله ومن لولى الخ) من موصول مبتدأ وقال صلته ولولى متعلق بيجوز وطى مبتدأ وجملة يجوز خبره والجملة الخبرية مقول القول وجهول خبر من ، والقول

أى ينصر هذا القول بنص محمد: إنا نؤمن بكرامات الأولياء .

(غاب عن امرأته فتزوجت بآخر وولدت أولادا) ثم جاء الزوج الأول (فالأولاد للثانى على المذهب) الذى رجع إليه الإمام ، وعليه الفتوى كما فى الخانية والجوهرة والكافى وغيرها .

وفى حاشية شرح المنار لابن الحنبلى : وعليه الفتوى إن احتمله الحال ، لكن فى آخر دعوى المجمع حكى أربعة أقوال ثم أفتى بما اعتمده المصنف ، وعلله ابن ملك بأنه المستفرش حقيقة ، فالولد للفراش الحقيقى وإن كان فاسدا وتمامه فيه فراجعه .

بالتجهيل أو التكفير هو ماقدمناه عن العمادية (قوله أى ينصر هذا القول الخ) والحاصل أنه وقع الخلاف عندنا فى مسألة طى المسافة البعيدة ؛ فمشايخ العراق قالوا لا يكون ذلك إلا معجزة ، فاعتقاده كرامة جهل أو كفر ؛ ومشايخ خراسان وما وراء النهر أثبتوه كرامة ، ولم يرد نص صريح فى المسألة عن أئمتنا الثلاثة سوى قول محمد هذا ولم يفسر ذلك اه ملخصا من شرح الوهبانية عن جواهر الفتاوى. وفى التتارخانية أن مسألة تزوج المغربى بمشرقية تؤيد الجواز أى فإنها نص المذهب .

والحاصل أنه لاخلاف عندنا فى ثبوت الكرامة ، وإنما الخلاف فيما كان من جنس المعجزات الكبار ، والمعتمد الجواز مطلقا إلا فيما ثبت بالدليل عدم إمكانه كالإتيان بسورة ، وتمام الكلام على ذلك فى حاشية ح (قوله غاب عن امرأته الخ) شامل لما إذا بلغها موته أو طلاقه فاعتدت وتزوجت ثم بان خلافه ولما إذا ادعت ذلك ثم بان خلافه اه ح (قوله وفى حاشية شرح المنار الخ) قال الشارح فى شرحه على المنار : لكن الصحيح ماأورده الجرجانى أن الأولاد من الثانى إن احتمله الحال ، وأن الإمام رجع إلى هذا القول ، وعليه الفتوى كما فى حاشية ابن الحنبلى عن [الواقعات والأسرار] ونقله ابن نجيم عن الظهيرية اه واحتمال الحال بأن تلده لستة أشهر فأكثر من وقت النكاح (قوله حكى أربعة أقوال) حاصل عبارته مع شرحه لابن ملك أن الأولاد للأول عند أبى حنيفة مطلقا : أى سواء أتت به لأقل من ستة أشهر أولا ، لأن نكاح الأولى صحيح فاعتباره أولى . وفى رواية للثانى ، وعليه الفتوى ، لأن الولد للفراش الحقيقى وإن كان فاسدا . وعند أبى يوسف للأول إن أتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثانى لتيقن العلوق من الأول ، وإن لأكثر فللثانى . وعند محمد للأول إن كان بين وطء الثانى والولادة أقل من سنتين ، فلو أكثر منهما فللثانى لتيقن أنه ليس من الأول ، والنكاح الصحيح مع احتمال العلوق منه أولى بالاعتبار ، وإنما وضع المسألة فى الولد إذ المرأة ترد إلى الأول إجماعا اه .

قلت : وظاهره أنه على المفتى به يكون الولد للثانى مطلقا وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد كما يدل عليه ذكر الإطلاق قبله والاقتصار على التفصيل بعده ، وهذا خلاف ما قاله ابن الحنبلى ، وهذا وجه الاستدراك لكن لايخفى مافيه ، فقد ذكرنا قريبا أن المنكوحة لو ولدت لدون ستة أشهر لم يثبت نسبه من زوج ويفسد النكاح أى لأنه لابد من تصور العلوق منه وفيما دون ستة أشهر لايتصور ذلك ؛ وهذا إذا لم يعلم بأن لها زوجا غيره فكيف إذا ظهر زوج غيره فلا شك فى عدم ثبوته من الثانى ، ولهذا قال فى شرح درر البحار : إن هذا مشكل فيما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر مذ تزوجها اه .

والحق أن الإطلاق غير مراد وأن الصواب مانقله ابن الحنبلى ، وبه يظهر أن هذه الرواية عن الإمام المفتى بها هى التى أخذ بها أبو يوسف ، وأنه لابد من تقييد كلام المصنف والمجمع بما نقله ابن الحنبلى ، وأنه لاوجه للاستدراك

[فروع] نكح أمة فطلقها فشراها فولدت لأقل من نصف حول منذ شراها لزمه وإلا لا ، إلا المطلقة قبل الدخول والمبانة بثنتين فمذ طلقها ، لكن في الثانية يثبت لسنتين فأقل .

عليه بما في المجمع ، والله أعلم (قوله نكح أمة الخ) قال في الفتح : قوله ومن تزوج أمة فطلقها : أي بعدالدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل أن تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه ، وقيد ببعدالدخول وبواحدة لأنه لو كان قبله لايلزمه إلا أن تجيء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها ،لأنه لاعدة لها أو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق ، ثم إذا كانت الواحدة رجعية فهو ولد المعتدة فيلزمه وإن جاءت لعشر سنين بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء ، وإن كانت بائنا ثبت إلى أقل من سنتين أو تمام السنتين بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء اهـ .

قال في البحر : فالحاصل أن المطلقة قبل الدخول والمبانة بالثنتين لا اعتبار فيهما لوقت الشراء ، بل لوقت الطلاق ، ففي الأولى يشترط لثبوت نسبه ولادته لأقل من ستة أشهر ،وفي الثانية لسنتين فأقل ،وأنه لو كان رجعيا يثبت ولو لعشر سنين بعد الطلاق أو أكثر ولو واحدة بائنة ، فلابد أن تأتي به لتمام سنتين أو أقل بعد أن يكون لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء في المسألتين (قوله فطلقها) أي بعد الدخول طلقة واحدة بائنة أو رجعية بدليل الاستثناء الآتي والطلاق غير قيد ، حتى لو اشتراها ولم يطلقها فالحكم كذلك نهر (قوله فشراها) أي ملكها بأي سبب كان أي قبل أن تقر بانقضاء عدتها كما مر ،لأنه مع الإقرار يشترط أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما مر لا من وقت الشراء كما هنا نهر (قوله لزمه) لأنه ولد المعتدة لتحقق كون العلوق سابقا على الشراء وولدها يثبت نسبه بلا دعوة نهر ، وإن ولدته لسنتين من وقت الطلاق بحر ، لكن في الرجعية : ولو لأكثر من سنتين كما يأتي (قوله وإلا) أي بأن ولدته لتمام ستة أشهر أو لأكثر منها لا : أي لايلزمه لأنه ولد المملوكة لأنه شراها وهي معتدة منه ووطؤها حلال له ، أما في الرجعي فظاهر ، وأما في البائن فلأن عدتها منه لا تحرمها عليه ، فإذا أمكن علوقه في الملك أسند إليه لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته وولد المملوكة لايثبت بدون دعوة ، وهذا بخلاف البائن ببينونة غليظة فإن شراءها لايحلها فتعين العلوق قبله كما يأتي (قوله إلا المطلقة الخ) لما كان قوله فطلقها شاملا لما إذا طلقها واحدة رجعية وبائنة وثنتين قبل الدخول وبعده وكان الحكم المتقدم مختصا بالمطلقة واحدة بعد الدخول رجعية أو بائنة استثنى هذه الصور الثلاث ، فقوله قبل الدخول شامل للطلقة والطلقتين والصورة الثالثة قوله والمبانة لثنتين يعني بعد الدخول اهـ ح فافهم ، وقيد بقوله بثنتين لأنها أمة وبينونتها الغليظة ثنتان فقط .

والحاصل أن الصور خمس ، لأن الرجعي لا يكون قبل الدخول ، فلذا كان المستثنى ثلاث صور فقط (قوله فمذ طلقها) أي فالمعتبر في هذه الثلاث المستثناة وقت الطلاق ، ولا اعتبار فيها لوقت الشراء كما مر عن البحر (قوله لكن في الثانية) لما كان قضية الاستثناء أن المعتبر أن تلد لأقل من نصف حول مذ طلقها بين أن هذا خاص بالمطلقة قبل الدخول واحدة أو ثنتين ، فلو ولدت لنصف حول أو أكثر لا يلزمه لعدم العدة كما قدمناه أول الباب .

أما المطلقة ثنتين بعد الدخول فإنه يلزمه ولدها لسنتين فأقل من وقت الطلاق ، وإن لأقل من نصف حول من وقت الشراء لحرمتها عليه حرمة غليظة حتى تنكح غيره فلا يحلها الشراء ، فتعذر العلوق فيه وتعين كونه قبله فيلزمه لسنتين مذ طلقها لجواز أنه كان موجودا وقت الطلاق لا لأكثر لتيقن عدمه ، لكن ثبوته لتمام السنتين مبني

وفى الرجعى لأكثر مطلقا بعد أن يكون لأقل من نصف حول منذ شرائها فى المسألتين ، وكذا لو أعتقها بعد الشراء .

ولو باعها فولدت لأكثر من الأقل مذ باعها فادعاه هل يفتقر لتصديق المشترى ؟ قولان .

مات عن أم ولده أو أعتقها وولدت لدون سنتين لزمه ولأكثر لا إلا أن يدعيه ؛ ولو تزوجت فى العدة فولدت لسنتين من عتقه أو موته ولنصف حول فأكثر مذ تزوجت وادعياه معا كان للمولى اتفاقا لكونها معتدة ، بخلاف مالو تزوجت أم الولد بلا إذنه فإنه للزوج اتفاقا .

ولو تزوجت معتدة بائن فولدت لأقل من سنتين مذ بانت ولأقل من الأقل مذ تزوجت فالولد للأول لفساد نكاح الآخر ، ولو لأكثر منهما مذ بانت ولنصف حول مذ تزوجت فالولد للثانى ، ولو لأقل من نصفه لم يلزم الأول ولا الثانى والنكاح صحيح ،

على مازعم فى الجوهرة أنه الصواب ، وهو أحد الروايتين كما قدمناه أول الباب فافهم (قوله وفى الرجعى لأكثر مطلقا) أى يثبت فيه وإن ولدته لأكثر من سنتين بلا تقييد لذلك الأكثر بمدة (قوله فى المسألتين) يعنى فى مسألة الرجعى ومسألة الطلقة البائنة بعد الدخول كما يعلم من عبارة البحر المتقدمة ، وكلام الشارح يوهم أن إحدى المسألتين البائنة بثنتين لأن البائنة الواحدة لا ذكر لها هنا ، فلذا أورد عليه أن المبانة بثنتين لايعتبر فيها وقت الشراء أصلا كما مر ، لكن لما ذكر الشارح فى أول المسألة اختصاص وقت الشراء بالمطلقة بعد الدخول واحدة رجعية أو بائنة بدليل الاستثناء بعده كما بيناه وذكر هنا الرجعى بين أن قرينته الثانية مثله ، لكن لايخفى مافيه من الخفاء مع أن هذا الحكم فى المسألتين صرح به أولا فلا حاجة إلى إعادته ولكن مع هذا لايحكم عليه بالخطإ فافهم (قوله وكذا لو أعتقها بعد الشراء) لأن العتق مازادها إلا بعدا منه . وعند محمد يلزمه إلى سنتين بلادعواه مذ شراها لأنه بطل النكاح بالشراء ووجبت العدة ، لكنها لاتظهر فى حقه للملك وبالعتق ظهرت ، وحكم معتدة بائن لم تقر بانقضائها ذلك فتح (قوله قولان) فعند أبى يوسف يفتقر لبطلان النكاح . وعند محمد لا إلا أنه لابد من الدعوة هنا لأن العدة لم تظهر فى حقه بخلاف العتق أفاده فى الفتح (قوله لزمه) لأن ولد أم الولد لايحتاج إلى الدعوة ، لكنه ينتفى بالنفى فهل يصح نفيه هنا يراجع رحمتى (قوله ولأكثر لا) لم يذكر حكم تمام السنتين ، وتقدم حكاية الروايتين فى معتدة البت ، وبحث البحر فى معتدة الموت ، فينبغى أن يكون هنا كذلك ، ويأتى قريبا مايدل على أن التمام كالأقل (قوله إلا أن يدعيه) أى فى صورة العتق (قوله ولو تزوجت) أى أم الولد (قوله وادعياه معا) هذا ظاهر فى صورة العتق ، والظاهر أن المراد فى صورة الموت ادعاه ورثته لقيامهم مقامه تأمل (قوله كان للمولى اتفاقا) كذا فى عدة البحر عن الخانية ، فقد ثبت النسب هنا بالولادة لتمام السنتين فكان التمام فى حكم الأقل (قوله لكونها معتدة) أى من المولى ونكاح الزوج باطل ، فيكون الولد لصاحب العدة إذا ادعاه (قوله بخلاف مالو تزوجت) أى فولدت لستة أشهر فأكثر مذ تزوجت فادعياه بحر عن الخانية (قوله فإنه للزوج اتفاقا) لعل وجهه أنها لما لزمها العدة منه للوطء بشبهة العقد وحرم على المولى وطؤها لذلك كان إثباته لصاحب العدة أولى لأنه المستفرش حقيقة وإن كان فاسدا تأمل ، ثم لايخفى أن الكلام الآن فى أم ولد لم يعتقها مولاها فافهم (قوله لفساد نكاح الآخر) ينافى ماتقدم من أن العبرة للفراش الحقيقى ولو فاسدا ، فالأولى التعليل بعدم إمكان جعله من الثانى لعدم أقل مدة الحمل رحمتى وتعليل الشارح لم أره فى البحر (قوله فالولد للثانى) لإمكانه مع تعذر كونه من الأول (قوله ولو لأقل من نصفه) أى مع كونه لأكثر من سنتين مذ بانت (قوله لم يلزم الأول ولا الثانى) لأن النساء لايلدن لأكثر من سنتين ولا لأقل من ستة أشهر كافى الحاكم (قوله والنكاح صحيح) أى عندهما .

ولو لأقل منهما ولنصفه فني عدة البحر بحثا أنه للأول ، لكنه نقل هنا عن البدائع أنه للثاني معللا بأن إقدامها على التزوج دليل انقضاء عدتها ؛ حتى لو علم بالعدة فالنكاح فاسد وولدها للأول إن أمكن إثباته منه بأن تلد لأقل من سنتين مذ طلق أو مات .

ولو نكح امرأة فجاءت بسقط مستبين الخلق ، فإن لأربعة أشهر فنسبه للثاني ، وإن لأربعة إلا يوما فنسبه للأول وفسد النكاح الكل من البحر .

قلت : وفي مجمع الفتاوى : نكح كافر مسلمة فولدت منه لايثبت النسب منه ولا تجب العدة لأنه نكاح باطل

باب الحضانة

بفتح الحاء وكسرها : تربية الولد .

(تثبت للأم)

وعند أبي يوسف فاسد ، لأنه إذا لم يثبت من الثاني كان من الزنا ، ونكاح الحامل من الزنا صحيح عندهما لاعنده كذا في البدائع ، وتبعه في البحر ، ولم يظهر لي وجهه لأنه إذا لم يثبت من واحد منهما علم أنه من غيرهما ولا يلزم أن يكون من الزنا لاحتمال كونه بشبهة ، ولا يصح النكاح إلا إذا علم أنه من زنا .

ففي الزيلعي وغيره : لو ولدت المنكوحة لأقل من ستة أشهر مذ تزوجها لم يثبت النسب لأن العلوق سابق على النكاح ، ويفسد النكاح لاحتمال أنه من زوج آخر بنكاح صحيح أو بشبهة اه فليتأمل (قوله ولو لأقل منهما) أي لأقل من سنتين من وقت الطلاق ولنصفه أي لنصف حول من وقت تزوج الثاني فقد أمكن هنا جعله من الأول أو من الثاني (قوله لكنه نقل هنا) أي في هذا الباب قبيل قوله إلا أن يدعيه أي والنص هو المتبع فلا يعول على البحث معه ط (قوله دليل انقضاء عدتها) فكان بمنزلة ما إذا أقرت بانقضائها (قوله إن أمكن إثباته منه) أما إذا لم يمكن بأن جاءت به لأكثر من سنتين مذ بانت ولستة أشهر مذ تزوجت فهو للثاني كما في البحر عن البدائع (قوله ولو نكح امرأة) الأولى نكحها ليعود الضمير على معتدة البائن وإن كان الحكم أعم لكن ليوافق آخر الكلام (قوله فنسبه للثاني) أي وجاز النكاح بحر (قوله فنسبه للأول) لأن الخلق لايستبين إلا في مائة وعشرين يوما فيكون أربعين يوما نطفة وأربعين علقة وأربعين مضغة بحر عن الواوالجية ، وقدمنا في العدة كلاما فيه (قوله لأنه نكاح باطل) أي فالوطء فيه زنا لايثبت به النسب ، بخلاف الفاسد فإنه وطء بشبهة فيثبت به النسب ولذا تكون بالفاسد فراشا لا بالباطل رحمتي ، والله سبحانه أعلم .

باب الحضانة

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد فتح (قوله بفتح الحاء وكسرها) كذا في المصباح والبحر عن المغرب ، لكن في القاموس : حضن الصبي حضنا وحضانة بالكسر جعله في حضنه أو رباه كاحتضنه ، ثم قال : وحضن فلانا حضنا وحضانة بفتحهما نحاه عنه (قوله تربية الولد) هذا على إطلاقه معناه اللغوي ، أما الشرعي فهو تربية الولد لمن له حق الحضانة كما أفاده القهستاني (قوله تثبت للأم) ظاهره أن الحق لها وقيل للولد ، وسيأتي الكلام عليه .

مطلب شروط الحاضنة

قال الرملي : ويشترط في الحاضنة أن تكون حرة بالغة عاقلة أمينة قادرة ، وأن تخلو من زوج أجنبي وكذا في الحاضن الذكر سوى الشرط الأخير ، هذا مايؤخذ من كلامهم اه .

النسبية (ولو) كتابية أو مجوسية أو (بعد الفرقة إلا أن تكون مرتدة) فحتى تسلم لأنها تحبس (أو فاجرة) فجورا يضيع الولد به كزنا وغناء وسرقة ونياحة كما فى البحر والنهر بحثا .

قال المصنف : والذى يظهر العمل بإطلاقهم كما هو مذهب الشافعى أن الفاسقة بترك الصلاة لاحضانة لها .

وفى القنية : الأم أحق بالولد ولو سيئة السيرة معروفة بالفجور مالم يعقل ذلك (أو غير مأمونة)

قلت : وينبغى أن يزيد بعد قوله حرة أو مكاتبة ولدت فى الكتابة وأن يزيد أن تكون رحما محرما ولم تكن مرتدة ولم تمسكه فى بيت المبغض للولد ولم تمتنع عن تربيته مجانا عند إعسار الأب وسيأتى بيان ذلك كله ، والمراد بكونها أمينة أن لايضيع الولد عندها باشتغالها عنه بالخروج من منزلها كل وقت. وأفتى بعض المتأخرين بأن المراهقة لها حق الحضانة ، لقول العينى : أحكام المراهقين أحكام البالغين فى سائر التصرفات .

قلت : لايخفى أن هذا عند ادعاء البلوغ وإلا فهو فى حكم القاصر كما حققناه فى تنقيح الحامدية وأفتى به الخير الرملى ، وهل يشترط كونها بصيرة ؟ ففى الأشباه فى أحكام الأعمى : ولم أر حكم ذبحه وصيده وحضانته ورؤيته لما اشتراه بالوصف ، وينبغى أن يكره ذبحه . وأما حضانته فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلا وإلا فلا اه وهو بحث وجيه ، وهو معلوم من قول الرملى قادرة كما يعلم منه حكم ما إذا كانت مريضة أو كبيرة عاجزة (قوله النسبية) احترز به عن الأم الرضاعية فلا تثبت لها اه ح. وكذا الأخت رضاعا ونحوها (قوله ولو كتابية أو مجوسية) لأن الشفقة لاتختلف باختلاف الدين. وصورة الثانية أن يكونا مجوسيين ترافعا إلينا أو أسلم الزوج وحده ، وسيأتى تقييده بما إذا لم يعقل الولد دينا (قوله أو بعد الفرقة) عطف على مدخول لو إشارة إلى عدم اختصاص الحضانة بما بعدها ، فتربية الولد فى حال قيام النكاح تسمى حضانة (قوله لأنها تحبس) أى وتضرب فلا تتفرغ للحضانة بحر (قوله كما فى البحر والنهر بحثا) قال فى البحر : وينبغى أن يكون المراد بالفسق فى كلامهم هنا الزنا المقتضى لاشتغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل ونحوه لامطلقه الصادق بترك الصلاة ، لما سيأتى أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان ، فالفاسقة المسلمة أولى .

قال فى النهر : وأقول فى قصره على الزنا قصور ، إذ لو كانت سارقة أو مغنية أو نائحة فالحكم كذلك ، وعلى هذا فالمراد فسق يضيع الولد به اه .

ويمكن حمل مافى البحر عليه بأن يكون قوله ونحوه مرفوعا عطفا على الزنا . ثم رأيت الخير الرملى أجاب كذلك . قال ح : وعلى هذا لو كانت صالحة كثيرة الصلاة قد استولى عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه انتزع منها ولم أره اه (قوله قال المصنف الخ) عبارته بعد أن نقل عبارة البحر : لكن عندى فى الاستدلال عليه بما ذكر نظر لأن الذمية إنما تفعل ماتفعل مما يوجب الفسق على جهة اعتقاده دينا لها فكيف يلحق بها الفاسقة المسلمة ، فالذى يظهر إجراء كلام الكمال وغيره على إطلاقه كما هو مذهب الشافعى رضى الله تعالى عنه من أن الفاسقة بترك الصلاة لاحضانة لها اه . وبعد ماعلمت أن المناط هو الضياع حققت أن بحث المصنف لاحاصل له اه ح (قوله وفى القنية الخ) فيه ردّ على ماقاله المصنف ، والعجب أن المصنف نقله عقب عبارته السابقة (قوله مالم يعقل ذلك) أى مالم يعقل الولد حالها ، وحينئذ يجب تقييد الفجور بأن لايلزم منه ضياع الولد كما لايخفى . وفى النهر : مالم تفعل ذلك ، وفسره بقوله أى مالم يثبت فعله عنها وهو صحيح أيضا اه ح . وفيه أن قول القنية معروفة بالفجور يقتضى فعلها له ط فالمناسب الأول وتكون الفاجرة بمنزلة الكتابية ، فإن الولد يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان كما سيأتى خوفا عليه من تعلمه منها ماتفعله فكذا الفاجرة . وقد جزم الرملى بأن مافى النهر تصحيف .

ذكره فى المجتبى بأن تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا (أو) تكون (أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة) لاشتغالهن بخدمة المولى ، لكن إن كان الولد رقيقا كن أحق به لأنه للمولى مجتبى (أو متزوجة بغير محرم) الصغير (أو أبت أن تربيه مجانا و) الحال أن (الأب معسر والعمة تقبل ذلك) أى تربيته مجانا ولا تمنعه عن الأم قيل للأم إما أن تمسكيه مجانا أو تدفعيه للعمة

والحاصل أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية (قوله بأن تخرج كل وقت الخ) المراد كثرة الخروج ،لأن المدار على ترك الولد ضائعا والولد فى حكم الأمانة عندها ، ومضيع الأمانة لايستأمن ،ولايلزم أن يكون خروجها لمعصية حتى يستغنى عنه بما قبله فإنه قد يكون لغيرها ؛ كما لو كانت قابلة أو غاسلة أو بلانة أو نحو ذلك، ولذا قال فى الفتح: إن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت الخ فعطفه على الفاسقة يفيد ماقلنا فافهم (قوله أو أم ولد) أى طلقها زوجها ، أما إذا أعتقها مولاها فهى بمنزلة المطلقة الحرة كما فى كافى الحاكم (قوله ولدت ذلك الولد قبل الكتابة) أما لو بعدها فهى أحق به لدخوله تحت الكتابة فتح عن التحفة ، ومثله فى البحر . ومقتضى هذا أنها بعد الكتابة لا يثبت لها حق فى المولود قبلها وإن لم تبق مشغولة بخدمة المولى، لأنه لم يدخل فى كتابتها ، فبقى قنا مملوكا للمولى من كل وجه فصار كولد القنة لو أعتقت : ويدل عليه أيضا قول الكنز : ولاحق للأمة وأم الولد مالم يعتقا . قال فى الدرر : فإذا عتقا كان لهما حق الحضانة فى أولادهما الأحرار لأنهما وأولادهما أحرار حال ثبوت الحق اهـ فافهم (قوله لكن إن كان الولد الخ) قال فى البحر : ولم يذكر المصنف أن الحق فى حضانة ولد الأمة للمولى أو لغيره .

والحق التفصيل ، فإن كان الصغير رقيقا فمولاه أحق به حرا كان أبوه أو عبدا ، وكذا لو عتقت أمه بعد وضعه فلا حق لها فى حضانته إنما الحق للمولى سواء كانت منكوحة أبيه أو فارقها لأنه مملوكه . وأما إذا كان أى الصغير حرا فالحضانة لأقربائه الأحرار إن كانت أمه أمة ، لا لمولاها ولا لمولاة الذى أعتقه ، وإن أعتقت كانت الحضانة لها اهـ (قوله كن أحق به) قال فى الدرر : ولا يفرق بينه وبين أمه إن كانا فى ملكه اهـ ونحوه فى البحر ، فالمراد بالأحقية عدم التفريق بينهما ، فلا ينافى ماتقدم من كون الحق للمولى تأمل (قوله بغير محرم) أى من جهة الرحم فلو كان محرما غير رحم كالعم رضاعا أو رحما من النسب محرما من الرضاع كابن عمه نسبا هو عمه رضاعا فهو كالأجنبى ط (قوله والحال أن الأب معسر) كذا قيده فى الخانية والبزازية والخلاصة والظهيرية وكثير من الكتب .
وظاهره تخلف الحكم المذكور مع يساره ، لأن المفهوم فى التصانيف حجة يعمل به رملى .

وفى الشرنبلالية : تقييد الدفع للعمة بيسارها وإعسار الأب يفيد أن الأب الموسر يجبر على دفع الأجرة للأم نظرا للصغير اهـ .

قلت : والمراد من هذه الأجرة أجرة الحضانة كما هو مفهوم من سياق كلام المصنف تبعا للفتح والدرر والبحر خلافا لما فى العزمية على الدرر من أنها أجرة الرضاع ، والمراد بيسار العمة قدرتها على الإنفاق على الولد كما هو ظاهر ، إذ لاوجه لتقديره بنصاب (قوله والعمة تقبل ذلك) أى ولم يوجد أحد ممن هو مقدم على العمة متبرعا بمثل العمة ، ومع ذلك يشترط أن لاتكون متزوجة بغير محرم للصغير شرنبلالية (قوله ولا تمنعه عن الأم) أى عن رؤيتها له وتعهدها إياه (قوله أو تدفعيه للعمة) صريح فى أنه ينزع من الأم مع أن الأم لو طلبت أجرا على الإرضاع ووجدت متبرعة به قدمت وترضعه عند الأم كما صرح به فى البدائع ، ولكن هذا إذا بقيت مستحقة للحضانة . وفى مسألتنا سقط حقها منها فلذا ينزع منها . ومثله مالو تزوجت بأجنبى وصارت الحضانة لغيرها كالأخت

(على المذهب) وهل يرجع العم والعمة على الأب إذا أيسر ، قيل نعم مجتبى ، والعمة ليست بقيد فيما يظهر .

وفى المنية : تزوجت أم صغير توفى أبوه وأرادت تربيته بلا نفقة مقدرة وأراد وصيه تربيته بها دفع إليها لا إليه إبقاء لما له :

فإنها لايلزمها أن تربيه أو ترضعه عند الأم (قوله على المذهب) لم أر هذه العبارة لغيره ، وإنما قالوا على الصحيح وهذا لايلزم أن يكون من نص المذهب بل يحتمل التخريج تأمل ، ومقابله ماقيل إن الأم أولى (قوله مجتبى) هو شرح الزاهدى على مختصر القدورى ، وذلك حيث قال فى النفقات وهل يرجع العم أو العمة على الأب إذا أيسر بما أنفق على الصغير ؟ ثم رمز لبعض الكتب : لايرجع من يؤدى النفقة على الأب ولا على الابن ، بخلاف الأم إذا أيسر زوجها ثم رمز يرجع ، ثم رمز فيه اختلاف المشايخ اه وهذا مفروض فيما إذا كان الأب معسرا ووجبت نفقة الولد على عمه أو عمته أو أمه ، فالأم ترجع على الأب إذا أيسر ؛ وفى العم والعمة الخلاف المذكور ، فلا محل لذكر هذا هنا ولا لذكر العم ، لأن الكلام فى العمة إذا أخذته لتحضنه مجانا ، وإذا كان لها الرجوع فلا فائدة فى أخذه من الأم ، إلا أن يقال : مراده أن لاترجع بأجرة الحضانة ، وأما النفقة على الولد إذا لم تتبرع بها فهل لها الرجوع بها على الأب ؟ قيل نعم ، تأمل (قوله والعمة ليست بقيد الخ) هو بحث لصاحب البحر ذكره فى الباب الآتى . قال : بل كل حاضنة كذلك بالأولى لأنها من قرابة الأم . وقال : ولم أر من صرح بأن الأجنبية كالعمة إذا كانت متبرعة . ولا تقاس على العمة لأنها حاضنة فى الجملة ، وقد كثر السؤال عنها فى زماننا . وظاهر المتون أن الأم تأخذ بأجر المثل ولا تكون الأجنبية أولى ، بخلاف العمة إلا أن يوجد نقل اه :

قلت : وفى القهستانى بعد كلام مانصه : وفيه إشارة إلى أنها : أى الأم أولى من المحرم وإن طلبت أجرا والمحرم لم يطلبه . والأصح أن يقال لها أمسكيه أو ادفعيه إلى المحرم كما فى النظم اه . فهذا ظاهر فى أن العمة غير قيد بل مثلها بقية المحارم ، وفى أن غير المحرم ليس كذلك . وفى حاشية الخير الرملى على البحر أن هذا تفقه حسن صحيح قال : وقد سئلت عن صغيرة لها أم تطلب زيادة على أجر المثل وبنت ابن عم تريد حضانتها مجانا ، فأجبت بأنها تدفع للأم لكن بأجر المثل فقط ، لأن تلك كالأجنبية لاحق لها فى الحضانة أصلا فلا يعتبر تبرعها ، لأن فى دفع الصغير إليها ضررا به فلا يعتبر معه الضرر فى المال ، لأن حرمته دون حرمته ، ولذا يختلف الحكم فى نحو العمة والخالة عند اليسار فلا يدفع إليهما ، إذ لاضرر على الموسر فى دفع الأجرة ، وبه تتحرر هذه المسألة فاغتنمه ، فقد قل من تفطن له اه :

قلت : ويؤيده أنه لو كان الأب حيا وطلبت الأم النفقة من مال الولد وأراد الأب تربيته عنده بمال نفسه لايسقط حق الأم مع أن الأب أشفق من الأجنبية ؛ نعم لو كان للأب أم أو أخت عنده تحضن الولد مجانا ولا يرضى من هو أحق منها إلا بأجرة فلها أن تربيه عند الأب وهذه تقع كثيرا لكن هذا إذا طلبت الأم أجرة على الحضانة فلو تبرعت بالحضانة وطلبت الأجرة على الإرضاع وقال الأب إن أمى أو أختى ترضعه مجانا تكون أولى ، ولكن يقال لها أرضعيه فى بيت الأم لأن ذلك لايسقط حضانتها كما علم مما مر ، فتنبه لذلك (قوله بلا نفقة) أى من مال الصغير الموروث له من أبيه فتح ، وظاهره أن المراد نفقة الصبى . والظاهر أن أجرة الحضانة كذلك تأمل (قوله إبقاء لماله) هذا تعليل من المصنف فإنه بعد أن نقل فى المنح كلام المنية قال : وله وجه وجيه ، لأن رعاية المصلحة فى إبقاء ماله أولى من مراعاة عدم لحوق الضرر الذى يحصل له لكونه عند الأجنبى اه. والمراد بالأجنبى زوج الأم ، وفيه نظر ؛ فإن الوصى أجنبى كزوج الأم إذا لم يذكر أنه رحم محرم منه ، فالأولى الاقتصار على أن

وفى الحاوى : تزوجت بأجنبي وطلبت تربيته بنفقة والتزمه ابن عمه مجانا ولا حاضنة له فله ذلك (ولا تجبر) من لها الحضانة (عليها إلا إذا تعينت لها) بأن لم يأخذ ثدى غيرها أو لم يكن للأب ولا للصغير مال به يفتى خانية وسيجىء فى النفقة .

وإذا أسقطت الأم حقها صارت كميتة أو متزوجة فتنتقل للجدة بحر (ولا تقدر الحاضنة على إبطال حق الصغير فيهما) حتى لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج صح الخلع

فى دفعه للأم مصلحة زائدة وهى إبقاء ماله فكانت أولى ، بل فيه مصلحة أخرى وهى كون الأم أشفق عليه من الوصى وهى أهل للحضانة فى الجملة بخلاف الوصى .

ولا يخالف هذا ماقدمناه آنفا عن الرملى حيث لم يعتبر الضرر في المال ، لأن ذاك عند لزوم دفعه للأجنبية التى لاحق لها فى الحضانة أصلا بخلاف ماهنا ، حتى لو طلبت الأم المتزوجة بالأجنبى تربيته بنفقة مقدرة وتبرع الوصى ينبغى أن يدفع إليها أيضا على قياس ماذكره الرملى ، ولايعتبر تبرع الوصى تأمل . ثم لايخفى أن هذا كله عند عدم وجود متبرع من أهل الحضانة كالعمة أو الخالة وإلا فهى أحق من الأم والأجنبى .

[تنبيه] وقعت حادثة الفتوى سئلت عنها قديما ، وهى : صغير ماتت أمه وتركت له مالا وله أب معسر وجدة أم أم وجدة أم أب متزوجة بجده أرادت أم أمه تربيته بأجر وأم أبيه ترضى بذلك مجانا . فأجبت بأنه يدفع للمتبرعة أخذا مما هنا ، فإنه إذا دفع للأم الساقطة الحضانة إبقاء لماله مع كونها تربيه فى حجر زوجها الأجنبى فبالأولى دفعه لأم أبيه المتبرعة إبقاء لما له مع كونه فى حجر أبيه وجده الشفوقين عليه ، وكنت جمعت فيها رسالة سميتها [الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة] والله أعلم (قوله والتزمه ابن عمه مجانا) فى بعض النسخ : والتزم ابن العم أن يربيه مجانا وهى أظهر (قوله ولا حاضنة له) أما لو كان له حاضنة كالعمة أو الخالة فهى أولى من أمه لسقوط حقها بالتزوج بأجنبى ومن ابن العم لتقدمها عليه ، والظاهر أنها أولى وإن طلبت النفقة لأنها الحاضنة حقيقة (قوله فله ذلك) أى الالتزام المفهوم من التزمه . ووجهه أن ابن العم له حق حضانة الغلام حيث لاحاضنة غيره والأم ساقطة الحضانة هنا . والظاهر أن له ذلك وإن طلب النفقة أيضا لأنه هو الحاضن حقيقة ، ثم رأيت السائحانى كتب كذلك (قوله ولا تجبر عليها) أى على الحضانة . والصواب أن يقول : ولا تجبر على الإرضاع كما سيذكره المصنف فى باب النفقة ، حيث قال : وليس على أمه إرضاعه إلا إذا تعينت ، وبهذا تندفع المنافاة بينه وبين قوله ولا تقدر الحاضنة الخ فإنه بمعنى أنها تجبر على الحضانة ، وهو أحد قولين فى المسألة كما يأتى ، وإلا فكيف يصح أن يمشى على قولين متقابلين (قوله بأن لم يأخذ الخ) هذا ذكره فى الخانية فى مقام تعينها للإرضاع ، فهو مؤيد لما صوبناه ، وقوله وسيجىء فى النفقة مؤيد لما قلنا أيضا فإنه هو الذى سيجىء هناك (قوله فتنتقل للجدة) أى تنتقل الحضانة لمن يلى الأم فى الاستحقاق كالجدة إن كانت ، وإلا فامن يليها فيما يظهر ، واستظهر الرحمتى أن هذا الإسقاط لايدوم فلها الرجوع لأن حقها يثبت شيئا فشيئا فيسقط الكائن لا المستقبل اه أى فهو كإسقاطها القسم لضرتها ، فلا يرد أن الساقط لايعود لأن العائد غير الساقط ، بخلاف إسقاط حق الشفعة .

ثم رأيت بخط بعض العلماء : وعن المفتى أبى السعود مسألة فى رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها من الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد ؟ الجواب ، نعم لها ذلك فإن أقوى الحقين فى الحضانة للصغير ، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حقه أبدا اه (قوله ولا تقدر الحاضنة الخ) اختلف فى الحضانة ، هل هى حق الحاضنة أو حق الولد ؟ فقيل بالأول فلا تجبر إذا امتنعت ورجحه غير واحد

وبطل الشرط لأنه حق الولد ، فليس لها أن تبطله بالشرط ؛ ولو لم يوجد غيرها أجبرت بلا خلاف فتح ، وهذا يعم مالو وجد وامتنع من القبول بحر ، وحينئذ فلا أجرة لها جوهرة (وتستحق) الحاضنة

وعليه الفتوى . وقيل بالثاني فتجبر ، واختاره الفقهاء الثلاثة أبو الليث والهندوانى وخواهر زاده ، وأيده فى الفتح بما فى كافى الحاكم الشهيد الذى هو جمع كلام محمد من مسألة الخلع المذكورة . قال : فأفاد : أى كلام الحاكم أن قول الفقهاء جواب ظاهر الرواية . قال فى البحر : فالترجيح قد اختلف ، والأولى الإفتاء بقول الفقهاء الثلاثة ، لكن قيده فى الظهيرية بأن لايكون للصغير ذو رحم محرم ، فحينئذ تجبر الأم كى لا يضيع الولد ؛ أما لو امتنعت الأم وكان له جدة رضيت بإمساكه دفع إليها ، لأن الحضانة كانت حقا للأم فصح إسقاطها حقها ، وعزى هذا التفصيل للفقهاء الثلاثة . وعلله فى المحيط بأنها لما أسقطت حقها بقى حق الولد ، فصارت بمنزلة الميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى اهـ مافى البحر ملخصا .

قلت : ويؤخذ من هذا التوفيق بين القولين ، وذلك أن مافى المحيط يدل على أن لكل من الحاضنة والمحضون حقافى الحضانة ، ومثله ما قدمناه عن المفتى أبى السعود ؛ فقول من قال إنها حق الحاضنة فلا تجبر محمول على ما إذا لم تتعين لها ، واقتصر على أنها حقها لأن المحضون حينئذ لايضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها ، ومن قال إنها حق المحضون فتجبر محمول على ما إذا تعينت واقتصر على أنها حقه لعدم من يحضنه غيرها . والدليل على ذلك أيضا ما مر عن الظهيرية حيث عزى إلى الفقهاء الثلاثة القائلين بالجبر إنها تجبر عندهم إذا لم يوجد غيرها لا إذا وجد .

وأما قوله فى النهر إن ما فى الظهيرية ليس بظاهر لما فى الفتح من أنه إذا لم يوجد غيرها أجبرت بلا خلاف ، ففيه نظر لأنه على ما علمت من التوفيق يرتفع الخلاف أصلا وإن كان حكاية القولين تفيد الخلاف فيما إذا وجد غيرها ، ولكن حيث أمكن التوفيق كان أولى ويكون الخلاف لفظيا ، وكم له من نظير ، فاغتنم هذا التحرير (قوله لأنه) أى الحضانة وذكر الضمير نظرا للخبر ط (قوله أجبرت بلا خلاف) ولو وجد غيرها لم تجبر بلا خلاف أيضا على ما ذكرناه من التوفيق (قوله وهذا يعم الخ) أى قوله ولو لم يوجد غيرها يشمل عدم الوجود حقيقة وعدمه حكما ، بأن وجد غيرها وامتنع . وعبارة البحر هكذا : وظاهر كلامهم أن الأم إذا امتنعت وعرض على من دونها من الحاضنات فامتنعت أجبرت الأم لا من دونها (قوله وحينئذ) أى حين لم يوجد(١) غيرها فلا أجرة لها لأنها قامت بأمر واجب عليها شرعا ط . وعبارة الجوهرة : إذا كان لايوجد سواها تجبر على إرضاعه صيانة له عن الهلاك وعليه لا أجرة لها اهـ . فكلام الجوهرة فى الرضاع وكأن الشارح قاس الحضانة عليه ، لكن الظاهر أن مافى الجوهرة بحث منه كما يشعر به قوله وعليه لا أجرة لها .

ويخالفه ما فى الهندية وغيرها : لو استؤجر له من ترضعه شهرا ثم مضى ولم يأخذ ثدى غيرها تجبر على إبقاء الإجارة ، فإن مقتضاه أنها تستحق الأجرة وإلا لقيل تجبر على الإرضاع مجانا . ورأيت بخط شيخ مشايخنا السائحانى قال البرجندى : تجبر الأم على الحضانة إذا لم يكن لها زوج والنفقة على الأب .

وفى المنصورية أن أم الصغيرة إذا امتنعت عن إمساكها ولا زوج للأم تجبر عليه ، وعليه الفتوى . وقال الفقيه أبو جعفر : تجبر وينفق عليها من مال الصغيرة ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، فهذا نص فى أن الأجرة تؤخذ مع

---

(١) (قوله أى حين لم يوجد) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف . والذى فى ط : أى حين إذ لم يوجد اهـ مصححه .

(أجرة الحضانة إذا لم تكن منكوحة ولامعتدة لأبيه) وهي غير أجرة إرضاعه ونفقته كما فى البحر عن السراجية ، خلافا لما نقله المصنف عن جواهر الفتاوى .

وفى شرح النقاية للباقانى عن البحر المحيط : سئل أبو حفص عمن لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد؟ فقال : على الأب سكناهما جميعا .

الخير اه ويأتى بيان وجهه قريبا (قوله إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه) هذا قيد فيما إذا كانت الحاضنة أما فلو كانت غيرها فالظاهر استحقاقها أجرة الحضانة بالأولى، وقوله لأبيه احتراز عما لو كانت فى نكاح أو عدة رجل، غير الأب فإنها تستحق الأجرة عليها ، لكن إذا كان الناكح محرما للصغير وإلا فلا حضانة لها كما مر هذا .

وقال المصنف في المنح : وعندى أنه لا حاجة إلى قوله إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأن الظاهر وجوب أجرة الحضانة لها إذا كانت أهلا ، وماذكر إنما هو شرط لوجوب أجر الرضاع لها لأنها إنما تستأجر له إذا لم تكن منكوحة أو معتدة اه . ونازعه الخير الرملى فى حاشيته على المنح بأن امتناع وجوب أجر الرضاع للمنكوحة ومعتدة الرجعى لوجوبه عليها ديانة وذلك موجود في الحضانة ، بل دعوى الأولوية فيها غير بعيد إلى آخر ما قاله .

قلت: على أنك قد علمت مما قدمناه آنفا أن الأجرة تستحق مع وجود الجبر فلاتنافى الوجوب ، ولعل وجهه أن نفقة الصغير لما وجبت على أبيه لو غنيا وإلا فمن مال الصغير كان من جملتها الإنفاق على حاضنته التى حبست نفسها لأجله عن التزوج ، ومثلها أجرة إرضاعه ، فلم تكن أجرة خالصة من كل وجه حتى ينافيها الوجوب بل لها شبه الأجرة وشبه النفقة ، فإذا كانت منكوحة أو معتدة لأبيه لم تستحق أجرة لا على الحضانة ولا على الإرضاع لوجوبهما عليها ديانة ، النفقة ثابتة لها بدونهما ، بخلاف ما بعد انقضاء العدة فإنها تستحقها عملا بشبه الأجرة ، وعن هذا كان الأوجه عدم الفرق بين معتدة الرجعى والبائن كما هو مقتضى إطلاق الكنز . وظاهر الهداية ترجيحه فإنه ذكر فى الرضاع أن فى معتدة البائن روايتين ، وآخر دليل عدم الجواز لكن ذكر فى الجوهرة وغيرها تصحيح الجواز ، ويأتى تمامه فى الباب الآتى (قوله وهى غير أجرة إرضاعه ونفقته) قال فى البحر : فعلى هذا يجب على الأب ثلاثة : أجرة الرضاع ، وأجرة الحضانة ، ونفقة الولد اه ومثله فى الشرنبلالية (قوله عن السراجية) المراد بها هنا فتاوى سراج الدين قارئ الهداية فإنه فى الباب الآتى عزى ذلك إليها صريحا ، فلا محل لترديد المصنف لأنه يحتمل أنه أراد بها الفتاوى السراجية المشهورة مع قوله لكنى لم أقف على ذلك فيها فافهم ، لكن قوله إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه نقله فى البحر عن السراجية ولم أره فيها ، فإن عبارة فتاوى قارىء الهداية : سئل هل تستحق المطلقة أجرة بسبب حضانة ولدها خاصة من غير إرضاع له ؟ فأجاب : نعم تستحق أجرة على الحضانة ، وكذا إذا احتاج إلى خادم يلزم به اه وأفتى بذلك أيضا صاحب البحر فى فتاواه ، وكذا فى الخيرية ، ومشى عليه فى النهر . وقدمنا أنه مفهوم من قولهم فى مسألة العمة والخال أن الأب معسر (قوله خلافا لما نقله المصنف) حيث قال بعد نقل كلام قارئ الهداية : لكن يشكل على هذا الإطلاق ما فى جواهر الفتاوى قال : سئل قاضى القضاة فخر الدين قاضيخان عن المبتوتة هل لها أجرة الحضانة بعد فطام الولد ؟ فقال لا ، والله تعالى أعلم اه .

قلت : يمكن حمل المبتوتة على المعتدة من طلاق بات فهو مبنى على إحدى الروايتين فى البائن كما قدمناه آنفا ، لكن التقييد بما بعد فطام الولد لم يظهر لى وجهه ، ولعله لكونه الواقع فى حادثة الفتوى .

وقال نجم الأئمة : المختار أنه عليه السكنى فى الحضانة ، وكذا إن احتاج الصغير إلى خادم يلزم الأب به .
وفى كتب الشافعية : مؤنة الحضانة فى مال المحضون لو له وإلا فعلى من تلزمه نفقته . قال شيخنا : وقواعدنا تقتضيه فيفتى به ثم حرر أن الحضانة كالرضاع ، والله تعالى أعلم (ثم) أى بعد الأم بأن ماتت أو لم تقبل أو أسقطت حقها

مطلب فى لزوم أجرة مسكن الحضانة

(قوله وقال نجم الأئمة المختار أن عليه السكنى) فى نفقات البحر عن التفاريق : لاتجب فى الحضانة أجرة المسكن. وقال آخرون: تجب إن كان للصبى مال وإلا فعلى من تجب عليه نفقته اه .وفى النهر : وينبغى ترجيح عدم الوجوب ، لأن وجوب الأجر لا يستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة اه .

قلت : صاحب النهر ليس من أهل الترجيح ، فلا يعارض ترجيحه ترجيح نجم الأئمة ولا سيما مع ضعف تعليله ، فإن القول بوجوب أجرة المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة بل على وجوب نفقة الولد . فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلا بل تسكن عند غيرها فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد ، بل الوجه لزومه على من تلزمه نفقته ؛ فإن المسكن من النفقة. ونقل الخير الرملى عن المصنف أنه اختلف فى لزومه ، والأظهر اللزوم كما فى بعض المعتبرات . قال الرملى : وهذا يعلم من قولهم : إذا احتاج الصغير لخادم يلزم الأب ، فإن احتياجه إلى المسكن مقرر اه .

قلت : واعتمده ابن الشحنة مخالفا لما اختاره ابن وهبان وشيخه الطرسوسى .

والحاصل أن الأوجه لزومه لما قلنا ، لكن هذا إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن ، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا لعدم احتياجه إليه ، فينبغى أن يكون ذلك توفيقا بين القولين ، ويشير إليه قول أبى حفص وليس لها مسكن . ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل ، والله الموفق فافهم (قوله وكذا الخ) قدمناه عن فتاوى قارئ الهداية (قوله قال شيخنا) يعنى الخير الرملى فى حواشيه على البحر فافهم (قوله وقواعدنا تقتضيه) .

قلت : ما قدمناه قريبا عن خط شيخ مشايخنا السائحانى صريح فى ذلك، فقد وافق بحثه المنقول (قوله ثم حرر) أى الخير الرملى أن الحضانة كالرضاع أى فى أنها لا أجر للأم فيها لو منكوحة أو معتدة ، وإلا فلها الأجرة من مال الصغير إن كان له مال ، وإلا فمن مال أبيه أو من تلزمه نفقته ، هذا خلاصة ما حط عليه رأيه بعد كلام طويل ، وقد علمت تأييده بما نقلناه عن خط السائحانى .

قلت : وهذا كله حيث لم يوجد متبرع بالحضانة ، فإن وجد ، فإما أن يكون أجنبيا عن الصغير أولا . وعلى كل فإما أن يكون الأب معسرا أو لا ، وعلى كل فإما أن يكون للصغير مال أولا ، فإن كان أجنبيا يدفع للأهل للحضانة بأجرة المثل ولو من مال الصغير ؛ وإن كان المتبرع غير أجنبى ، فإن كان الأب معسرا والصغير له مال أو لا يقال للأم إما أن تمسكيه مجانا أو تدفعيه للعمة مثلا المتبرعة صونا لماله لو له مال ، وإن كان الأب موسرا والصغير له مال فكذلك ، لأن الأجرة حينئذ على الصغير ، وإن كان الأب موسرا ولا مال للصغير فالأم مقدمة وإن طلبت الأجرة نظرا للصغير بلا ضرر له فى ماله ، هذا حاصل ما تحرر للعبد الضعيف بناء على أن الحضانة كالرضاع ، وتمام ذلك فى رسالتنا الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة (قوله أو لم تقبل أو أسقطت حقها) مبنى على عدم الجبر

أو تزوجت بأجنبي (أم الأم) وإن علت عند عدم أهلية القربى (ثم أم الأب وإن علت) بالشرط المذكور وأما أم أبي الأم فتؤخر عن أم الأب بل عن الخالة أيضا بحر (ثم الأخت لأب وأم ثم لأم) لأن هذا الحق لقرابة الأم (ثم) الأخت (لأب) ثم بنت الأخت لأبوين ثم لأم ثم لأب (ثم الخالات كذلك) أى لأبوين ، ثم لأم ثم لأب ، ثم بنت الأخت لأب ثم بنات الأخ (ثم العمات كذلك) ثم خالة الأم كذلك ، ثم خالة الأب كذلك ثم عمات الأمهات والآباء بهذا الترتيب ؛ ثم العصبات بترتيب الإرث ، فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ، ثم لأب ثم بنوه كذلك ، ثم العم ثم بنوه . وإذا اجتمعوا فالأورع ثم الأسن اختيار ،

كما لا يخفى ح ومر الكلام فيه (قوله أو تزوجت بأجنبي) أشمل من ذلك قول البحر أو لم تكن أهلا للحضانة فإنه يدخل ما لو كانت فاجرة أو غير مأمونة (قوله عند عدم أهلية القربى) قيد لقوله وإن علت ، لأن البعيدة لاحق لها عند أهلية القربى (قوله بالشرط المذكور) هوعدم أهلية القربى (قوله بحر) أى أخذا من قول الخصاف إن أم أبي الأم لا تكون بمنزلة قرابة الأم من قبل أمها ، وكذا كل من كان من قبل أبي الأم اهـ . زاد فى الولوالجية لأن هذا الحق لقرابة الأم . قال فى البحر ، وظاهره تأخير أم أبي الأم عن أم الأب بل عن الخالة أيضا ، وقد صارت حادثة الفتوى اهـ . قال ط : ووجه ذلك أن الأخت لأم والخالات متأخرات عن أم الأب فإذا كن أولى من أم أبي الأم لكونهن من قرابة الأم فمن كانت مقدمة عليهن وهى أم الأب أولى بالتقدم اهـ تأمل (قوله ثم الأخت لأب وأم) أى أخت الصغير ، لأن قرابة الأب وإن كانت لامدخل لها فيما يعتبر وهو الإدلاء بالأم لكنها تصلح للترجيح خلافا لقول زفر باشتراكها مع الأخت لأم ، أفاده الزيلعي (قوله لأن هذا الحق) أى الحضانة ، وهذا علة لكون الأخت لأم تلى الأخت الشقيقة (قوله ثم الأخت لأب) تقديمها على الخالة هو ماشى عليه أصحاب المتون اعتبارا لقرب القرابة ، وتقديم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد مرتبتهما قربا قال فى البحر : وهذه رواية كتاب النكاح . وفى رواية كتاب الطلاق : الخالة أولى لأنها تدلى بالأم وتلك بالأب (قوله ثم بنت الأخت لأبوين ثم لأم) كونهما أحق من الخالة باتفاق الروايات . وأما بنت الأخت لأب ففى رواية أحق . والصحيح أن الخالة أحق منها كما فى البحر والزيلعي (قوله ثم لأب) هذا ساقط من بعض النسخ ، وهو المناسب لما علمت من أن الصحيح خلافه مع مخالفته لما بعده (قوله ثم الخالات) أى خالات الصغير (قوله ثم بنت الأخت لأب) هذا هو الصحيح كما علمت ، وبه صرح فى الخانية أيضا (قوله ثم بنات الأخ) أى لأب وأم أو لأم أو لأب فيما يظهر ح أى على الترتيب . قال الزيلعي : وبنات الأخت أولى من بنات الأخ ، لأن الأخت لها حق فى الحضانة دون الأخ فكان المدلى بها أولى (قوله ثم العمات كذلك) أى تقدم العمة لأب وأم ثم لأم ثم لأب ، ولم يذكر بنات الخالة والعمة لأنه لاحق لهن لأنهن غير محرم بحر ، ويأتى الكلام فيه (قوله ثم عمات الأمهات والآباء) قياس ماذكره فى الخالات تقديم عمات الأم على عمات الأب ، ويفيده مامر من أن هذا الحق لقرابة الأم ، وكذا مافى كافى الحاكم من قوله وكل من كان من قبل الأم فهو أولى ممن هو من قبل الأب (قوله بهذا الترتيب) أى العمة لأبوين ثم لأم ثم لأب (قوله ثم العصبات) أى إن لم يكن للصغير أحد من محارمه النساء بحر ، أو كان إلا أنه ساقط الحضانة لأنه كالمعدوم رملى (قوله ثم الجد) أى أبو الأب وإن علا بحر (قوله ثم بنوه كذلك) أى بنو الأخ الشقيق ثم بنو الأخ لأب ، وكذا كل من سفل من أولادهم بحر (قوله ثم العم ثم بنوه) ينبغى أن يقول كذلك لما فى البحر والفتح : ثم العم شقيق الأب ثم لأب ؛ وأما أولاده فيدفع إليهم الغلام لا الصغيرة لأنهم غير محارم (قوله وإذا اجتمعوا الخ) أى كعمين ط وينبغى إسقاطه والاستغناء عنه بما سيأتى فإنه راجع للكل ح

سوى فاسق ومعتوه وابن عم لمشتهاة وهو غير مأمون ، ثم إذا لم يكن عصبة فلذوى الأرحام ، فتدفع لأخ لأم ثم لابنه ثم للعم للأم ثم للخال لأبوين ثم لأم برهان وعينى بحر ، فإن تساووا فأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم ، ولا حق لولد عم وعمة وخال وخالة لعدم المحرمية (و) الحاضنة (الذمية)

(قوله سوى فاسق) استثناء من قوله ثم العصبات . قال فى البحر : ولا للعصبة الفاسق ولا إلى مولى العتاقة تحرزا عن الفتنة اه .

مطلب لو كانت الإخوة أو الأعمام غير مأمونين لاتسلم المحضونة إليهم

وفى البدائع : حتى لو كانت الإخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها أو مالها لاتسلم إليهم ، وينظر القاضى امرأة ثقة عدلة أمينة فيسلمها إليها إلى أن تبلغ (قوله ومعتوه) فى نسخة ومعتق : أى بكسر التاء لقول البحر المارّ ولا إلى مولى العتاقة . وفى الفتح ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات ولا تدفع الأنثى إليه اه . قلت : ينبغى أنه لو كان مولى العتاقة امرأة أن تدفع الأنثى إليها دون الذكر .

[تنبيه] اشترط فى البدائع فى العصبة اتحاد الدين ، حتى لو كان للصبى اليهودى أخوان أحدهما مسلم يدفع لليهودى لأنه عصبته لا للمسلم اه (قوله وابن عم لمشتهاة الخ) أما إذا كانت لاتشتهى كبنت سنة مثلا فلا منع لأنه لافتنة ، وكذا إذا كانت تشتهى وكان مأمونا بحر بحثا ، وأيده بما فى التحفة ، وإن لم يكن للجارية غير ابن العم فالاختيار للقاضى ، إن رآه أصلح ضمها إليه وإلا توضع على يد أمينة اه .

قلت : مافى التحفة علله فى شرحها البدائع بقوله لأن الولاية فى هذه الحالة إليه فيراعى الأصلح اه . وهو ظاهر فى أنه لاحق لابن العم فى الجارية مطلقا وأن للقاضى دفعها لأجنبية ولو مأمونا حيث رأى المصلحة فى ذلك ، ولو كان الحق له لم يكن للقاضى الاختيار . وقد رد الرملى مابحثه فى البحر بنحو ماقلنا ، وبتعليلهم بأن ابن العم غير محرم وأنه لاحق لغير المحرم . قال : ولعل وجهه أنه لو ثبت له حضانتها كانت عنده إلى أن تشتهى فتقع الفتنة فحسم من أصله (قوله ثم إذا لم يكن عصبة الخ) أفاد أن العصبات مقدمون على ذوى الأرحام الذكور ، والمراد العصبة المستحق ؛ إذ لو لم يستحق كابن عم لجارية يقدم عليه مثل الأخ لأم والخال كما صرح به فى البدائع ، والمراد بذوى الأرحام من كان منهم محرما احترازا عن ابن العمة والخالة كما يأتى (قوله فتدفع لأخ لأم) كان ينبغى أن يذكر أولا الجد لأم : ففى الهندية إنه أولى من الأخ لأم والخال اه (قوله ثم لأم) الذى فى الشرنبلالية عن البرهان ، وكذا فى الفتح ثم لأب ثم لأم (قوله برهان وعينى بحر) كذا فى بعض النسخ ، وسقط من بعضها لفظ بحر وهو الأولى ، لأنه فى البحر لم يعزه إلى البرهان والعينى (قوله فإن تساووا) كإخوة أشقاء مثلا (قوله ولاحق لولد عم الخ) كان المناسب التعبير بالبنات بدل الولد ، لأن الولد يشمل الذكر والأنثى ، وقد مر أن ابن العم له حق فى الغلام دون الجارية . وأما الفرق بين الجارية المشتهاة وغيرها فقد علمت مافيه فافهم . وفى البحر لاحق لبنات العمة والخالة لأنهن غير محرم ، وكذلك بنات الأعمام والأخوال بالأولى ، كذا فى كثير من الكتب اه .

ووجه الأولوية أن العمة والخالة مقدمتان على العم والخال مع أنه لاحق لبناتهما ، ومقتضاه أنه لاحق لبنت العمة ونحوها فى حضانة الجارية ، ولا لابن العمة فى حضانة الغلام ، وينبغى إجراء التفصيل المذكور فى ابن العم هنا ، ولم أر من ذكره تأمل . وسئلت عن صغير له جد أبو أم وبنت عمة ولا شبهة أن الحضانة للجد كما علمته مما ذكرناه عن الهندية ، أما لو كان الصغير أنثى ، فإن قلنا إن لبنت العمة حقا فى الأنثى ينبغى تقديمها على الجد لأم لأن النساء أقدر لكنه خلاف مامر عن الهندية فليتأمل (قوله والحاضنة الذمية) أشار إلى أن مافى الكنز من التقييد بالأم اتفاقى

ولو مجوسية (كمسلمة مالم يعقل دينا) ينبغى تقديره بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ نهر (أو) إلى أن (يخاف أن يألف الكفر) فينزع منها وإن لم يعقل دينا بحر .

(و) الحاضنة (يسقط حقها بنكاح غير محرمه) أى الصغير ، وكذا بسكناها عند المبغضين له ؛ لما فى القنية : لو تزوجت الأم بآخر فأمسكته أم الأم فى بيت الراب فللأب أخذه .

وفى البحر : قد ترددت فيما لو أمسكته الخالة ونحوها فى بيت أجنبى عازبة . والظاهر السقوط قياسا على مامر ، لكن فى النهر : والظاهر عدمه للفرق البين بين زوج الأم والأجنبى. قال : والرحم فقط كابن العم كالأجنبى

بل كل حاضنة ذمية كذلك كما صرح به فى خزانة الأكمل بحر (قوله ولو مجوسية) بأن أسلم زوجها وأبت (قوله بسبع سنين) فائدة هذا تظهر فى الأنثى ، لأن الذكر تنتهى حضانته بالسبع حموى (قوله أو إلى أن يخاف) أشار إلى أن قول المصنف أو يخاف منصوب بأن مضمرة بعد أو التى بمعنى إلى كما فى الفتح ، وهذا زاده فى الهداية ، فظاهره أنه إذا خيف أن يألف الكفر نزع منها وإن لم يعقل دينا بحر . قال ط : ولم يمثلوا لآلاف الكفر . والظاهر أن يفسر سببه بنحو أخذه لمعابدهم . وفى الفتح : وتمنع أن تغذيه الخمر ولحم الخنزير ، وإن خيف ضم إلى ناس من المسلمين . وقول البحر : لم ينزع منها بل يضم إلى أناس من المسلمين فيه تحريف . والظاهر أن لم زائدة وإلا تناقض تأمل (قوله بنكاح غير محرمه) أى سواء دخل بها أولا ، وكان ينبغى أن يقول غير محرمه النسبى ، لأن الرضاعى كالأجنبى فى سقوط حضانتها به رملى .

قلت : ينبغى أنه لو لم يكن للغلام سوى ابنى عم تزوجت أمه أحدهما أن لا يسقط حقها ، لأن الآخر أجنبى مثله فلا فائدة فى دفعه إليه بل إبقاؤه عندها أولى . واحترز عما كان زوج الجدة الجد أو زوج الأم أو الخالة العم ونحوه (قوله فى بيت الراب) بتشديد الباء اسم فاعل ، من التربية : وهو زوج الأم والولد ربيب له (قوله فللأب أخذه) أى إلا إذا لم يكن لها مسكن وطابت من الأب أن يسكنها فى مسكن فإن السكنى فى الحضانة عليه كما مر (قوله للفرق البين الخ) استظهر هذا الخير الرملى أيضا بقولهم : إن زوج الأم الأجنبى يطعمه نزرا : أى قليلا ، وينظر إليه شزرا : أى نظر البغض ، وهذا مفقود فى الأجنبى عن الحاضنة . قال ح : وفى النفس من هذا الفرق شىء فإن الراب إذا كان كذلك فالأجنبى أولى كما هو المشاهد اهـ .

قلت : الأصوب التفصيل ، وهو أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق ، لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما إذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى أو كانت زوجة له ، وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير ، فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد ، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك ، وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف مايؤذيه زوج أمه الأجنبى وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم ، فإذا علم المفتى أو القاضى شيئا من ذلك لا يحل له نزعه من أمه ، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد ، وقد مر عن البدائع : لو كانت الإخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها أو مالها لا تسلم إليهم ، وقدمنا فى العدة عن الفتح عند قوله إن المختلعة لا تخرج من بيتها فى الأصح أن الحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع ، فإن علم عجزها عن المعيشة إن لم تخرج أفتاها بالحل لا إن علم قدرتها (قوله قال) أى فى النهر ، وأصله للبحر حيث قال : ودخل تحت غير المحرم الرحم الذى ليس بمحرم كابن العم فهو كالأجنبى هنا اهـ أى فإذا تزوجته سقط حقها ، وأنت خبير بأن هذا مفروض فيما إذا كان مستحق للحضانة أقرب منه

(وتعود) الحضانة (بالفرقة) البائنة لزوال المانع ، والقول لها فى نفى الزوج وكذا فى تطليقه إن أبهمته لا إن عينته (والحاضنة) أما أو غيرها (أحق به) أى بالغلام حتى يستغنى عن النساء وقدر بسبع ، وبه يفتى لأنه الغالب . ولو اختلفا فى سنه ، فإن أكل وشرب ولبس واستنجى وحده دفع إليه ولو جبرا وإلا لا (والأم والجدة) لأم أولأب (أحق بها) بالصغيرة (حتى تحيض) أى تبلغ فى ظاهر الرواية . ولو اختلفا فى حيضها فالقول للأم بحر بحثا.

وأقول : ينبغى أن يحكم سنها ويعمل بالغالب . وعند مالك ، حتى يحتلم الغلام ، وتتزوج الصغيرة ويدخل بها الزوج عينى (وغيرهما أحق بها حتى تشتهى) وقدر بتسع ،وبه يفتى ،

فلو لم يكن غيره وكان الولد ذكرا يبقى عند أمه ؛ وكذا لو كان أنثى لاتشتهى أو كان مأمونا على ما بحثه فى البحر فافهم (قوله البائنة) أما الرجعية فلابد من انقضاء العدة فيها نهر ، ومقتضاه العود فى البائنة قبل انقضاء العدة مع أنها تعتد فى بيت الزوج ، ولعل وجهه ارتفاع ولايته عليها فلا ضرر للولد عنده ،وفى ذلك تأييد لما قدمناه من التفصيل تأمل ؛ قال فى الدر المنتقى : وكذا :أى تعود الحضانة لوزالت بجنون وردة ، ثم زال المانع ذكره العينى وغيره ، فالأحسن ويعود الحق بزوال مانعه اه (قوله لزوال المانع) أى ليس من قبيل عود الساقط حتى يقال إن الساقط لايعود ، فقولهم يسقط حقها معناه منع منه مانع كقولهم تسقط النفقة بالنشوز والولاية بالجنون ثم تعود بزوال ذلك أفاده فى النهر . وقد يقال : إن الساقط لم يعد بل عاد حق جديد لقيام سببه ، بخلاف سقوط الشفعة لأنها حق واحد كما مر فتدبر (قوله والقول لها الخ) أى لو ادعى تزوجها وأنكرت فالقول لها ، ولو أقرت به لكنها ادعت الطلاق ، فإن لم تعين الزوج فالقول لها لا إن عينته ، وينبغى أن يكون مع اليمين فى الفصلين نهر . ووجه الفرق أن دعواها طلاق المعين لما أبطلها الشرع بدون تصديقه لم يقبل قولها أصلا (قوله حتى يستغنى عن النساء) بأن يأكل ويشرب ويستنجى وحده ، والمراد بالاستنجاء تمام الطهارة بأن يتطهر بالماء بلا معين ، وقيل مجرد الاستنجاء وهو التطهير من النجاسة وإن لم يقدر على تمام الطهارة زيلعى أى الطهارة الشاملة للوضوء (قوله وقدر بسبع) هو قريب من الأول بل عينه ،لأنه حينئذ يستنجى وحده ، ألا ترى إلى ما يروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « مروا صبيانكم إذا بلغوا سبعا » والأمر بما لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة زيلعى (قوله وبه يفتى) وقيل بتسع سنين (قوله لأنه الغالب) أى الاستغناء هو الغالب فى هذا السن (قوله فإن أكل الخ) أفاد أن القاضى لايحلف أحدهما بل ينظر فيما ذكر كما فى البحر عن الظهيرية . ووجهه أن اليمين للنكول ولايملك أحدهما إبطال حق الولد من كونه عند أمه قبل السبع وعند أبيه بعدها (قوله ولو جبرا) أى إن لم يأخذه بعد الاستغناء أجبر عليه كما فى الملتقى ؛

وفى الفتح : ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع اه . وفى شرح المجمع : وإذا استغنى الغلام عن الخدمة أجبر الأب أو الوصى أو الولى على أخذه ،لأنه أقدر على تأديبه وتعليمه اه . وفى الخلاصة وغيرها : وإذا استغنى الغلام وبلغت الجارية فالعصبة أولى ، يقدم الأقرب فالأقرب ولاحق لابن العم فى حضانة الجارية اه .

قلت : بقى ما إذا انتهت الحضانة ولم يوجد له عصبة ولا وصى ، فالظاهر أنه يترك عند الحاضنة ،إلا أن يرى القاضى غيرها أولى له ، والله أعلم (قوله وإلا) بأن فقدت الأربعة أو بعضها لايدفع إليه ط (قوله والجدة) أى وإن علت ط (قوله أى تبلغ) وبلوغها إما بالحيض أو الإنزال أو السن ط . قال فى البحر : لأنها بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر ، وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى (قوله فى ظاهر الرواية) مقابله رواية محمد الآتية (قوله فالقول للأم) لأنه يدعى سقوط حقها بحر (قوله وأقول الخ) هو لصاحب النهر حيث قال : وأقول ينبغى أن ينظر إلى سنها ، فإن بلغت سنا تحيض فيه الأنثى غالبا فالقول له وإلا لها اه .

وبنت إحدى عشرة مشتهاة اتفاقا زيلعي (وعن محمد أن الحكم فى الأم والجدة كذلك) وبه يفتى لكثرة الفساد زيلعي. وأفاد أنه لاتسقط الحضانة بتزوجها مادامت لاتصلح للرجال إلا فى رواية عن الثانى إذا كان يستأنس. كما فى القنية.

وفى الظهيرية: امرأة قالت هذا ابنك من بنتى وقد ماتت أمه فأعطنى نفقته، فقال صدقت لكن أمه لم تمت وهى فى منزلى وأراد أخذ الصبى يمنع حتى يعلم القاضى أمه وتحضر عنده فتأخذه، لأنه أقرّ بأنها جدته وحاضنته ثم ادعى أحقية غيرها وذا محتمل، فإن (أحضر الأب امرأة فقال هذه ابنتك وهذا) ابنى (منها وقالت الجدة لا) ماهذه ابنتى (وقد ماتت ابنتى أم هذا الولد فالقول للرجل والمرأة التى معه ويدفع الصبى إليهما) لأن الفراش لهما فيكون الولد لهما (كزوجين بينهما ولد فادعى) الزوج (أنه ابنه لامنها) بل من غيرها (وعكست) فقالت هو ابنى لامنه (حكم بكونه ابنا لهما) لما قلنا، وكذا لو قالت الجدة هذا ابنك من بنتى الميتة فقال بل من غيرها فالقول له ويأخذ الصبى منها، وكذا لو أحضر امرأة وقال ابنى من هذه لامن بنتك وكذبته الجدة وصدقتها المرأة فالأب أولى به، لأنه لما قال هذا ابنى من هذه المرأة فقد أنكر كونها جدته فيكون منكرا لحق حضانتها وهى أقرت له بالحق انتهى ملخصا.

(ولا خيار للولد عندنا مطلقا) ذكرا كان أو أنثى خلافا للشافعى. قلت: وهذا قبل البلوغ، أما بعده فيخير بين أبويه، وإن أراد الانفراد فله ذلك مؤيد زاده معزيا للمنية،

والذى ينبغى الرجوع إلى الصغيرة، فإن ادعت البلوغ فى سن يحتمله صدقت كما هو المصرح به فى باقى الأحكام أفاده الرحمتى (قوله مشتهاة اتفاقا) بل فى محرمات المنح بنت تسع فصاعدا مشتهاة اتفاقا سائحانى (قوله كذلك) أى فى كونها أحق بها حتى تشتهى (قوله وبه يفتى) قال فى البحر بعد نقل تصحيحه: والحاصل أن الفتوى على خلاف ظاهر الرواية (قوله وأفاد) أى المصنف بقوله حتى تشتهى من غير تقييد بما قبل التزوج (قوله بتزوجها) أى الصغيرة (قوله مادامت لاتصلح للرجال) فإن صلحت تسقط، وسيأتى فى أول النفقات أن التى تشتهى للوطء فيما دون الفرج يلزمه نفقتها، وكذا التى تصلح للخدمة أو للاستئناس إن أمسكها فى بيته عند الثانى واختاره فى التحفة اهـ. ومقتضاه أن صلوحها للرجال يكفى بالوطء فيما دون الفرج ولذا لزمه نفقتها، بخلاف من تصلح للخدمة والاستئناس فقط حيث لاتلزمه نفقتها إلا إن رضى بها وأمسكها فى بيته (قوله إلا فى رواية الخ) فيه إشارة إلى ضعفها، وظاهره أنها إذا صلحت للرجال قبل البلوغ وقد زوّجها أبوها لاحضانة لأمها اتفاقا، وهذا ظاهر على القول المفتى به لاعلى ظاهر الرواية من قوله حتى تحيض فيحتاج إطلاقه إلى تقييد، أفاده فى البحر: أى تقييد قوله حتى تحيض بما إذا لم تتزوج (قوله وفى الظهيرية الخ) دخول على المتن ط (قوله لكن أمه) أى التى هى ابنتك (قوله لأن الفراش لهما) لكون النكاح يثبت بالتصادق (قوله لما قلنا) من أن الفراش لهما (قوله وكذا لو قالت الجدة) سماها جدة نظرا لزعمها (قوله فقال بل من غيرها) أى من امرأة أجنبية عنك، وهذا هو الفرق بين هذه وبين المسألة الأولى فإنه فى الأولى اعترف بأنه من ابنتها وأنها جدته (قوله وكذبته الجدة) بأن قالت ماهذه أمه بل أمه ابنتى ظهيرية (قوله وصدقتها المرأة) بأن قالت صدقت ما أنا بأمه وقد كذب هذا الرجل ولكنى امرأته ظهيرية (قوله لأنه لما قال هذا ابنى من هذه المرأة) وكذا قوله بل من غيرها (قوله انتهى ملخصا) أى انتهى كلام الظهيرية حال كونها ملخصا، أفاد به أنه لم يأت بعين عبارتها بل حذف بعضها اختصارا، وهو كذلك وإن استوفى صور المسألة فافهم (قوله ولاخيار للولد عندنا) أى إذا بلغ السن الذى ينزع من الأم يأخذه الأب، ولا خيار للصغير

وأفاده بقوله (بلغت الجارية مبلغ النساء ، إن بكرا ضمها الأب إلى نفسه) إلا إذا دخلت فى السن واجتمع لها رأى فتسكن حيث أحبت حيث لاخوف عليها (وإن ثيبا لا) يضمها (إلا إذا لم تكن مأمونة على نفسها) فللأب والجد ولاية الضم لالغيرهما كما فى الابتداء بحر عن الظهيرية .

(والغلام إذا عقل واستغنى برأيه ليس للأب ضمه إلى نفسه) إلا إذا لم يكن مأمونا على نفسه فله ضمه لدفع فتنة أو عار ، وتأديبه إذا وقع منه شيء ، ولا نفقة عليه إلا أن يتبرع بحر .

لأنه لقصور عقله يختار من عنده اللعب ،وقد صح أن الصحابة لم يخيروا . وأما حديث أنه صلى الله عليه وسلم خير فلكونه قال « اللهم اهده » فوفق لاختيارا لانظر٧ بدعائه عليه الصلاة والسلام ، وتمامه فى الفتح (قوله وأفاده) أى أفاد ماذكر من ثبوت التخيير والانفراد للبالغ مع زيادة تفصيل وتقييد لذلك فافهم (قوله مبلغ النساء) أى بما تبلغ به النساء من الحيض ونحوه،ولو حذفه لكان أوضح (قوله ضمها الأب إلى نفسه) أى وإن لم يخف عليها الفساد لو حديثة السن بحر ، والأب غير قيد ، فإن الأخ والعم كذلك عند فقد الأب مالم يخف عليها منهما ،فينظر القاضى امرأة مسلمة ثقة فتسلم إليها كما نص عليه فى كافى الحاكم،وذكره المصنف بعد(قوله إلا إذا دخلت فى السن) عبارة الوجيز مختصر المحيط : إلا إذا كانت مسنة ولها رأى . وفى كفاية المتحفظ وفقه اللغة : من رأى البياض فهو أشيب وأشمط ثم شيخ ، فإذا ارتفع عن ذلك فهو مسن" رحمتى (قوله لا لغيرهما الخ) الفرق أن الأب والجد كان لهما ولاية الضم فى الابتداء،فجاز أن يعيداها إلى حجرهما إذا لم تكن مأمونة، أما غيرهما فلم تكن له ولاية الضم فى الابتداء فلا تكون له ولاية الإعادة أيضا بحر عن الظهيرية .

قلت : وفيه نظر ، فإن المتون مصرحة بأنه إذا لم تكن امرأة فالحضانة للعصبات على ترتيبهم،ففى ذلك إثبات ولاية الضم ابتداء لغير الأب والجد إلا أن يريد بقوله أما غيرهما العصبة غير المحرم كابن العم ومولى العتاقة،فإن الأنثى لا تضم إليه كما مر .

وعبارة الفتح : إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها لايوثق بها فللأب أن يضمها إليه، وكذا للأخ والعم الضم إذا لم يكن مفسدا ، فإن كان فحينئذ يضعها القاضى عند امرأة ثقة اهـ . وزاد الزيلعى : وكذا الحكم فى كل عصبة ذى رحم محرم منها اهـ وهذا الذى مشى عليه المصنف بعد (قوله والغلام إذا عقل الخ) كان ينبغى الابتداء بمسألة الغلام أو ذكرها آخرا لأن ماقبلها وما بعدها فى الجارية ؛ ثم المراد الغلام البالغ لأن الكلام فيما بعد البلوغ . وعبارة الزيلعى : ثم الغلام إذا بلغ رشيدا فله أن ينفرد إلا أن يكون مفسدا مخوفا عليه الخ . واحترز عما إذا بلغ معتوها . ففى الجوهرة : ومن بلغ معتوها كان عند الأم سواء كان ابنا أو بنتا اهـ . وفى الفتح والمعتوه لايخير ويكون عند الأم اهـ . قال فى البحر بعد نقله مافى الفتح : وينبغى أن يكون عند من يقول بتخيير الولد ، وأما عندنا فالمعتوه إذا بلغ السن المذكور : أى الذى ينزع فيه من الأم يكون عند الأب اهـ وتبعه فى النهر ، وهو الموافق للقواعد تأمل (قوله فله ضمه) أى للأب ولاية ضمه إليه . والظاهر أن الجد كذلك بل غيره من العصبات كالأخ والعم ، ولم أر من صرح بذلك ، ولعلهم اعتمدوا عن أن الحاكم لا يمكنه من المعاصى، وهذا فى زماننا غير واقع فيتعين الإفتاء بولاية ضمه لكل من يؤتمن عليه من أقاربه ويقدر على حفظه ، فإن دفع المنكر واجب على كل من قدر عليه لاسيما من يلحقه عاره ، وذلك أيضا من أعظم صلة الرحم ، والشرع أمر بصلتها وبدفع المنكر ما أمكن : قال تعالى — إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون — ثم رأيت فى حاشية البحر للرملى ذكر ذلك بحثا أيضا وقال ولم أره ثم قال : ثم رأيت

(والجد بمنزلة الأب فيه) فيما ذكر (وإن لم يكن لها أب ولا جد ، و) لكن (لها أخ أو عم فله ضمها إن لم يكن مفسدا ، وإن كان) مفسدا (لا) يمكن من ذلك(وكذا الحكم فى كل عصبة ذى رحم محرم منها ، فإن لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من العصبات أو كان لها عصبة مفسد فالنظر فيها إلى الحاكم ، فإن) كانت (مأمونة خلاها تنفرد بالسكنى وإلا وضعها عند) امرأة (أمينة قادرة على الحفظ ، بلا فرق فى ذلك بين بكر وثيب) لأنه جعل ناظرا للمسلمين ، ذكره العينى وغيره .

وإذا بلغ الذكور حد الكسب يدفعهم الأب إلى عمل ليكتسبوا أو يؤجرهم وينفق عليهم من أجرتهم بخلاف الإناث ؛ ولو الأب مبذرا يدفع كسب الابن إلى أمين كما فى سائر الأملاك ، مؤيد زاده معزيا للخلاصة (ليس للمطلقة) بائنا بعد عدتها (الخروج بالولد من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت) فلو بينهما تفاوت بحيث يمكنه أن يبصر ولده ثم يرجع فى نهاره لم تمنع

النقل فيه وهو مافى المنهاج والخلاصة والتتارخانية ، وإن لم يكن للصبى أب وانقضت الحضانة فمن سواه من العصبة أولى الأقرب فالأقرب ، غير أن الأنثى لاتدفع إلا إلى محرم اه .

قلت : كلامنا فيما إذا بلغ الغلام ، ومانقله فيما قبل البلوغ ولذا لم يذكر فيه التفصيل بين كونه مأمونا أو غيره (قوله فيما ذكر) أى من أحكام البكر والثيب والغلام والتأديب ط (قوله وإن لم يكن لها) أى للبكر كما قدمناه عن الكافى ، وكذا الثيب كما علمته خلافا لما مر عن الظهيرية ، وقد صرح المصنف به بعد فى قوله بلا فرق فى ذلك بين بكر وثيب .

[تنبيه] حاصل ماذكره فى الولد إذا بلغ أنه إما أن يكون بكرا مسنة أو ثيبا مأمونة أو غلاما كذلك فله الخيار وإما أن يكون بكرا شابة أو يكون ثيبا أو غلاما غير مأمونين فلا خيار لهم بل يضمهم الأب إليه (قوله وإذا بلغ الذكور حد الكسب) أى قبل باوغهم مبلغ الرجال إذ ليس له إجبارهم عليه بعده (قوله بخلاف الإناث) فليس له أن يؤجرهن فى عمل أو خدمة تتارخانية ، لأن المستأجر يخلو بها وذلك سيىء فى الشرع ذخيرة ،ومفاده أنه يدفعها إلى امرأة تعلمها حرفة كتطريز وخياطة إذ لا محذور فيه ، وسيأتى تمامه فى النفقات (قوله ولو الأب مبذرا) أى يخشى منه إتلاف كسب الابن (قوله كما فى سائر الأملاك) أى أملاك الصبيان تتارخانية : أى فإن القاضى ينصب لهم وصيا يحفظ لهم مالهم إذا كان الأب مبذرا (قوله ليس للمطلقة بائنا الخ) أما المطلقة رجعية فحكمها حكم المنكوحة ليس لها الخروج ، لأن حق السكنى للزوج ، وأما المعتدة فليس لها الخروج قبل انقضاء العدة مطلقا بحر ه والظاهر أن المتوفى عنها زوجها كالمطلقة فى ذلك ، فلا تملك ذلك بلا إذن الأولياء لقيامهم مقام الأب ، وما فيه إضرار بالولد ظاهر المنع اه رملى .

لايقال : إن معتدة الموت تخرج يوما وبعض الليل ، لأن المراد هنا الانتقال إلى بلدة أخرى وليس لها ذلك فى العدة . وأما بعد انقضائها فلم أره ، وقول الرملى لقيام الأولياء مقام الأب يفيد منعها من ذلك بعد العدة أيضا لكن سأل شيخ مشايخنا العلامة الفقيه منلا على التركمانى عن يتيم فى حضانة أمه له جد لأب تريد أمه السفر به من بلدها التى تزوجت فيها إلى بلدة أخرى فهل لجده منعها ؟ فأجاب بأن الواقع فى كتب المذهب متونا وشروحا تقييد المسألة بالمطلقة والأب ؟ ولم نر من أجراها فى غيرهما ، ومفاده أن الجد ليس له منعها ، وما قاله الخير الرملى لم يستند فيه إلى نقل فينبغى التوقف حتى نرى النقل الصريح فإن العلم أمانة ، هذا حاصل مارأيته بخطه رحمه الله تعالى . ووجه توقفه التقييد بالأب والمطلقة ، فيحتمل كونه للاحتراز بقرينة تخصيصهم هذا الحكم بالأم المطلقة فقط ، ويحتمل عدمه لما قاله الرملى ، والله سبحانه أعلم (قوله لم تمنع) إلا إذا انتقلت من مصر إلى قرية كما يأتى

مطلقا ، لأنه كالانتقال من محلة إلى محلة شمنى (إلا إذا انتقلت من القرية إلى المصر ، وفى عكسه لا) لضرر الولد بتخلقه بأخلاق أهل السواد (إلا إذا كان) ما انتقلت إليه (وطنها وقد نكحها ثمة) أى عقد عليها فى وطنها ولو قرية فى الأصح إلا دار الحرب إلا أن يكونا مستأمنين (وهذا) الحكم (فى الأم) المطلقة فقط (أما غيرها) كجدة وأم ولد أعتقت (فلا تقدر على نقله) لعدم العقد بينهما (إلا بإذنه) كما يمنع الأب من إخراجه من بلد أمه

(قوله مطلقا) سواء كان وطنا لها أولا ، وقع العقد فيه أولا بحر (قوله من محلة إلى محلة) أى فى بلد واحدة الظاهر أنه لو كان بين المحلتين تفاوت تمنع (قوله إلا إذا انتقلت الخ) قال الرملى فى حواشى المنح : هذا خطأ تبع فيه صاحب البحر ، إذ ليس لها نقله من قرية إلى مصر بينهما تفاوت . والعجب فى حكم لم يقل به أحد جعله متنا بمجرد تقليده للبحر اهـ .

وفى ط عن الهندية عن المحيط : وإن أرادت نقله من قرية إلى مصر جامع وليس ذلك مصرها ولا وقع النكاح فيها فليس لها ذلك إلا أن يكون المصر قريبا من القرية على التفسير الذى قلنا اهـ (قوله وفى عكسه لا الخ) أى وفى انتقالها من المصر إلى القرية لا تمكن من ذلك ولو كانت القرية قريبة لتضرر الولد بتخلقه بأخلاق أهل السواد : أى أهل القرى المجبولة على الجفاء (قوله إلا إذا كان الخ) استثناء من قوله وفى عكسه لا ، ومثله ما إذا انتقلت من قرية إلى مصر أو إلى قرية أو من مصر إلى مصر ، ولذا عمم الشارح بقوله ما انتقلت إليه . ويمكن جعله مستثنى من قوله ليس للمطلقة الخروج ، ولكن كان حقه العطف بالواو وأفاده ط (قوله أى عقد عليها فى وطنها) أفاد أن المراد بالنكاح مجرد العقد ، وأن الإشارة بثمة للوطن ، فلا بد فى جواز الانتقال إلى البلدة البعيدة من شرطين : كونها وطنها ، وكون العقد فيها . وفى رواية الجامع الصغير اشتراط العقد دون الوطن . قال الزيلعى : والأول أصح ، لأن التزوج فى دار ليس التزاما للمقام فيها عرفا فلا يكون لها النقلة إليها (قوله ولو قرية فى الأصح) أى ولو كان الوطن الواقع فيه العقد قرية خلافا لما فى شرح البقالى فإنه ضعيف كما فى البحر (قوله إلا دار الحرب) استثناء من الاستثناء فى المتن ، وقوله إلا أن يكونا مستأمنين استثناء من قوله إلا دار الحرب أى لها الانتقال إلى وطنها الذى نكحها فيه إن لم يكن دار الحرب والزوج مسلم أو ذمى ، فلو كانا حربيين مستأمنين فلها ذلك كما فى البدائع .

والحاصل أن عبارة المتن والشرح فى غاية الخفاء مع التطويل ، فالأظهر والأخصر أن يقال : وللمطلقة الخروج بالولد من قرية إلى مصر قريبة لا عكسه ، ومن بلدة إلى أخرى هى وطنها وقد نكحها فيها ، ولو دار حرب لو زوجها حربيا مثلها فهذه عبارة موجزة نافعة جامعة مانعة (قوله وهذا الحكم) أى الذى ذكر من الخروج والتفصيل فيه ط (قوله كجدة) وغير الجدة من الحاضنات مثلها بالأولى كما فى البحر (قوله لعدم العقد بينهما) لأن العقد على الزوجة فى وطنها دليل الرضا بإقامتها بالولد فيه ولا عقد بينه وبين الجدة (قوله إلا بإذنه) أى إذن الأب وكذا من له حق الحضانة من الرجال ط تأمل (قوله من إخراجه) أى إلى مكان بعيد أو قريب يمكنها أن تبصره فيه ثم ترجع لأنها إذا كانت لها الحضانة يمنع من أخذه منها فضلا عن إخراجه ، فما فى النهر من تقييده بالبعيد أخذا مما يأتى عن الحاوى غير صحيح فافهم (قوله من بلد أمه) الظاهر أن غيرها من الحاضنات كذلك ط (قوله ما بقيت حضانتها) كذا فى النهر وفيه كلام (قوله فلو أخذ الخ) تفريع على مفهوم ما قبله . وفى المجمع : ولا يخرج الأب بولده قبل الاستغناء وعلله فى شرحه بما فيه من الإضرار بالأم بابطال حقها فى الحضانة . قال فى البحر وهو يدل على أن حضانتها إذا سقطت جاز له السفر به ثم نقل كلام السراجية المذكور وقال وهو صريح فيما قلنا اهـ

بلا رضاها مابقيت حضانتها، فلو (أخذ المطلق ولده منها لتزوجها) جاز (له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه) كما فى السراجية ، وقيده المصنف فى شرحه بما إذا لم يكن له من ينتقل الحق إليه بعدها ، وهو ظاهر .

وفى الحاوى : له إخراجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها فليحفظ .

قلت : وفى السراجية : إذا سقطت حضانة الأم وأخذه الأب لايجبر على أن يرسله لها ، بل هى إذا أرادت أن تراه لاتمنع من ذلك .

وأفتى شيخنا الرملى بأنه يسافر به بعد تمام حضانتها ، وبأن غير الأب من العصبات كالأب ، وعزاه للخلاصة والتاترخانية .

[فرع] خرج بالولد ثم طلقها فطالبته برده ، إن أخرجه بإذنها لايلزمه رده ، وإن بغير إذنها لزمه ، كما لوخرج به مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده بحر ، والله تعالى أعلم .

باب النفقة

هى لغة ماينفقه الإنسان على عياله .

لكن فى الشرنبلالية عن البرهان وكذا لايخرج الأب به من محل إقامته قبل استغنائه وإن لم يكن لها حق فى الحضانة لاحتمال عوده بزوال المانع اه وهو المفهوم مما يأتى عن فتاوى الرملى ويدل له مافى الحاوى كما تعرف ، ولا ينافيه مامر عن شرح المجمع لاحتمال أن يريد بالحق الحال أو المستقبل تأمل (قوله كما فى السراجية) المراد بها فتاوى سراج الدين قارئ الهداية (قوله وقيده المصنف الخ) وكذا قيده فى النهر ولا حاجة إليه لأنها إذا تزوجت وكان لها أم أهل للحضانة أو غيرها فليس لأبيه أخذه منها فضلا عن السفر به (قوله وفى الحاوى) يعنى القدسى (قوله إخراجه الخ) أنت خبير بأن هذا محمول على ماإذا لم يكن لها حق الحضانة إذ لو كان لها الحضانة لاتمكنه من أخذه منها فضلا عن إخراجه عنها إلى قرية أو بلدة قريبة أو بعيدة خلافا لما فى النهر كما مر فافهم ، ثم لا يخفى أنه مخالف لما مر عن السراجية ولما يأتى عن شيخه الرملى بل ولما مر عن المجمع والبرهان لأن مافى الحاوى يشمل مابعد الاستغناء وهذا هو الأرفق بالأم ويؤيده مافى التاترخانية : الولد متى كان عند أحد الأبوين لايمنع الآخر عن النظر إليه وعن تعهده اه . ولايخفى أن السفر أعظم مانع (قوله كما فى جانبها) أى كما أنها إذا كان الولد عندها لها إخراجه إلى مكان يمكنه أن يبصر ولده كل يوم (قوله لايجبر على أن يرسله) وكذا يقال فى جانبها وقت حضانتها ط : ويفيده ماقدمناه آنفا عن التاترخانية (قوله بأنه يسافر به بعد تمام حضانتها) لم أره فى الخيرية فى هذا المحل (قوله وبأن غير الأب الخ) يوهم أن غير الأب له السفر به أيضا إذا كان عنده ، ولم أر من ذكره ، بل قال القهستانى فلا يخرجه الأب إلا أن يستغنى ، ولا غيره ممن يستحق الحضانة نظرا للصغير اه .

والذى أفتى به الرملى فى الخيرية هو أنه إذا تزوّجت الأم بأجنبى وللصغير ابن عم له طلبه : قال فى المنهاج للعقيلى : وإن لم يكن للصبى أب وانقضت الحضانة فمن سواه من العصبة أولى الأقرب فالأقرب ، غير أن الأنثى لاتدفع إلى غير المحرم ، ومثله فى الخلاصة والتاترخانية وغيرهما اه (قوله لايلزمه رده) بل يقال اذهبى وخذيه نهر (قوله فعليه رده) لأنه وإن أخرجه بإذنها لكنها لما خرجت معه لم تكن راضية بفراقه ، فإذا ردها وحدها ثم طلقها لزمه رده إليها ، بخلاف ماإذا أذنت بإخراجه وحده ، والله سبحانه أعلم .

باب النفقة

(قوله هى لغة الخ) النفقة مشتقة من النفوق : وهو الهلاك ، نفقت الدابة نفوقا : هلكت ، أو من النفاق وهو الرواج ، نفقت السلعة نفاقا : راجت، ذكر الزمخشرى أن كل مافاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج

وشرعا (هى الطعام والكسوة والسكنى) وعرفا هى الطعام (ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ثلاثة : زوجية ، وقرابة ، وملك) بدأ بالأول لمناسبة مامر أو لأنها أصل الولد (فتجب للزوجة) بنكاح صحيح ، فلو بان فساده أو بطلانه رجع بما أخذته من النفقة بحر (على زوجها) لأنها جزاء الاحتباس ، وكل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته

والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفى ونفد . وفى الشرع : الإدرار على شىء بما فيه بقاؤه ، كذا فى الفتح . قلت : ولا يخفى أن ماذكره بيان لأصل مادتها ومأخذ اشتقاقها ووجه تسميتها فإن بها هلاك المال ورواج الحال ، فلا ينافى قولهم أيضا إنها فى اللغة ماينفقه الإنسان على عياله ونحوهم ، فإنه بيان لحقيقة مدلولها وأنها اسم عين لا حدث .

مطلب: اللفظ جامد ومشتق

وعن هذا قالوا : إن اللفظ قسمان : جامد وهو مالم يوافق مصدرا بحروفه الأصول ومعناه كرجل وأسد ، ومشتق وهو خلافه . وهو قسمان : مطرد وغيره . فالأول كاسم الفاعل والمفعول وبقية المشتقات السبعة ، فضارب مثلا يطرد إطلاقه على كل من اتصف بمعنى المشتق هو منه . والثانى ماكان معنى المشتق منه مرجحا للتسمية غير داخل فيها كقارورة حتى لايطرد فى كل ماوجد فيه ذلك المعنى ، فلا يصح إطلاق قارورة على نحو البئر وإن وجد فيه قرار الماء ؛ فالنفقة من هذا القبيل لامن المطرد ولامن الجامد غير المشتق ، وبهذا التقرير اندفع ما أورده فى البحر فافهم (قوله وشرعا هى الطعام الخ) كذا فسرها محمد بالثلاثة لما سأله هشام عنها كما فى البحر عن الخلاصة (قوله وعرفا) أى فى العرف الطارئ فى لسان أهل الشرع هى الطعام فقط ، ولذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى والعطف يقتضى المغايرة رحمتى ، وعبارة المتون كالكنز والملتقى وغيرهما على هذا (قوله وملك) شامل لنفقة المملوك من بنى آدم والحيوانات والعقار كما فى الدر المنتقى ، لكن فى الأخير لايجبر قضاء ، وفى الثانى خلاف كما سيأتى آخر الباب (قوله لمناسبة مامر) أى من النكاح والطلاق والعدة بحر (قوله أو لأنها أصل الولد) أى لأن القرابة لا تكون إلا بالتوالد ، والولد الذى تكون ابنا أو أبا أو أخا أو عما لا يحصل إلا بالزوجية فقدم الكلام عليها لتقدمها فافهم (قوله بنكاح صحيح) فلا نفقة على مسلم فى نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بالنكاح وكذا فى عدته ، لأن حق الحبس وإن ثبت لكنه لم يثبت بالنكاح بل لتحصين الماء ، ولأن حال العدة لايكون أقوى من حال النكاح بدائع (قوله فلو بان فساده أو بطلانه الخ) لم يذكر فى البحر البطلان ، وقدمنا فى العدة عن الفتح وغيره عدم الفرق بين الفاسد والباطل فى النكاح ، بخلاف البيع .

وفى الهندية عن الذخيرة : ولو كان النكاح صحيحا من حيث الظاهر ففرض لها القاضى النفقة وأخذتها شهرا ثم ظهر فساد النكاح بأن شهدوا أنها أخته رضاعا وفرق بينهما رجع عليها بما أخذت ؛ ولو أنفق بلا فرض القاضى لم يرجع بشىء اه ونحوه فى الفتح . وفى الهندية أيضا عن الخلاصة : وأجمعوا أن فى النكاح بلا شهود تستحق النفقة اه قال ط : ونظر فيه الحموى بأنه من أفراد الفاسد اه . قلت : ومثله فى النهر . والظاهر أن الصواب لاتستحق بلا النافية إذ لا احتباس فيه (قوله على زوجها) أى ولو عبدا حتى يباع فى نفقتها (قوله وكل محبوس الخ) هذه كبرى قياس من الشكل الأول طويت صغراه للعلم بها من التعليل السابق ، والتقدير : الزوجة محبوسة لمنفعة الزوج الخ ، وينتج

كفت وقاض ووصى زيلعى ، وعامل ومقاتلة قاموا بدفع العدو ومضارب سافر بمال مضاربه ، ولا يرد الرهن لحبسه لمنفعتهما (ولو صغيرا) جدا فى ماله لاعلى أبيه إلا إذا كان ضمنها كما مر فى المهر (لايقدر على الوطء)

لزوم نفقتها عليه فافهم (قوله كفت وقاض) أى ووال ، فلهم قدر مايكفيهم ويكفى من تلزمهم نفقتهم من بيت المال لاحتباسهم فى مصلحة المسلمين رحمتى (قوله ووصى) فله الأقل من نفقته وأجر عمله فى مال الميت. رحمتى وظاهره ولو غنيا أو وصى الميت ، وفيه كلام سيأتى إن شاء الله تعالى فى بابه آخر الكتاب (قوله زيلعى) يوهم أن الزيلعى ذكر هذه الثلاثة فقط مع أنه ذكر الستة وزاد عليهم الوالى ح (قوله وعامل) أى فى الصدقات زيلعى (قوله قاموا بدفع العدو) أى نصبوا أنفسهم لذلك وترقبوا غرته فتجب النفقة لهم ولذريتهم (قوله ومضارب) فنفقته فى مال المضاربة مادام مسافرا لاحتباسه لها ، فلو كان مضاربا بالرجلين أو أكثر فنفقته على حسب المال رحمتى (قوله ولا يرد الرهن) قال فى البحر :

واعترض بأن الرهن محبوس لحق المرتهن وهو الاستيفاء ، ولذا كان أحق به من سائر الغرماء مع أن نفقته على الراهن : وأجيب بأنه محبوس بحق الراهن أيضا ، وهو وفاء دينه عنه عند الهلاك مع كونه ملكا له اه فقوله مع كونه ملكا له ترجيح لجانب الراهن فى وجوب النفقة عليه وحده مع كونه محبوسا لحقهما والشارح أخل به ح :

قلت : لا إخلال بتركه ، فإن المحقق ابن الهمام لم يذكره لأن منفعة الحبس إذا كانت غير مختصة بالغير لاتجب النفقة على الغير ، فهو كالأجير إذا عمل فى المشترك لايستحق أجرا لأنه عامل لنفسه من وجه فافهم .

مطلب لاتجب على الأب نفقة زوجة ابنه الصغير

(قوله فى ماله لاعلى أبيه الخ) كذا فى كافى الحاكم الشهيد، حيث قال : فإن كان صغيرا لامال له لم يؤخذ أبوه بنفقة زوجته إلا أن يكون ضمنها اه .

وفى الخانية : وإن كانت كبيرة وليس للصغير مال لا تجب على الأب نفقتها ، ويستدين الأب عليه ثم يرجع على الابن إذا أيسر اه وعزاه فى البحر والنهر إلى الخلاصة أيضا . قال الرملى : ومثله فى الزيلعى وكثير من الكتب اه .
قلت : وبه جزم المصنف والشارح فى باب المهر : وأنت خبير أن الكافى هو نص المذهب ولا سيما وأكثر الكتب عليه ، فيقدم على ماسيذكره الشارح فى الفروع عن المختار والملتقى من وجوبها على أبيه إلا أن يحمل على وجوب الاستدانة ليرجع تأمل .

[تنبيه] قال فى الشرنبلالية بعد نقله مافى الخانية أقول : هذا إذا كان فى تزويج الصغير مصلحة ، ولا مصلحة فى تزويج قاصر مرضع بالغة حد الشهوة وطاقة الوطء بمهر كثير ولزوم نفقة يقررها القاضى فتستغرق ماله إن كان أو يصير ذا دين كثير . ونص المذهب أنه إذا عرف الأب بسوء الاختيار مجانة أوفسقا فالعقد باطل اتفاقا صرح به فى البحر وغيره ، وقدمه المصنف فى باب الولى اه :

قلت : المصرح به فى المتون والشروح أن للأب تزويج الصغير والصغيرة غير كفء وبدون مهر المثل بغبن فاحش ، لأن كمال شفقة الأب دليل على وجود المصلحة مالم يكن سكران أو معروفا بسوء الاختيار ، لأن ذلك دليل على عدم تأمله فى المصلحة ؛ وأنت خبير بأن الشرط أن لايكون معروفا بسوء الاختيار قبل العقد فلا يثبت سوء اختياره بمجرد العقد المذكور ، وإلا لزم أن لايتصور صحة عقده بالغبن الفاحش ولغير الكفء كما مر تقريره فى باب

لأن المانع من قبله (أو فقيرا ولو) كانت (مسلمة أو كافرة أو كبيرة أو صغيرة تطيق الوطء) أو تشتهى للوطء فيما دون الفرج ، حتى لو لم تكن كذلك كان المانع منها فلا نفقة كما لو كانا صغيرين (فقيرة أو غنية موطوءة أولا) كأن كان الزوج صغيرا أو كانت رتقاء أو قرناء أو معتوهة أو كبيرة لاتوطأ ، وكذا صغيرة تصلح للخدمة أو للاستئناس (إن أمسكها فى بيته عند الثانى ، واختاره فى التحفة ؛ ولو منعت نفسها للمهر) دخل بها أولا ولو كله مؤجلا عند الثانى ، وعليه الفتوى كما فى البحر والنهر ، وارتضاه محشى الأشباه لأنه منع بحق فتستحق النفقة (بقدر حالهما) به يفتى ،

الولى . فظهر أنه إذا لم يكن معروفا بذلك وزوّج طفله امرأة صح ذلك مطلقا كما هو المنصوص فى عامة كتب المذهب إقامة لشفقته مقام المصلحة فافهم (قوله لأن المانع من قبله) دخل فى هذا المجبوب والعنين والمريض الذى لا يقدر على الجماع كما صرح به فى الهندية (قوله أو فقيرا) ليس عنده قدر النفقة لزوجته منح ، فتستدين عليه بأمر القاضى ط وسيأتى (قوله ولو مسلمة أو كافرة)الأولى إسقاط مسلمة (قوله تطيق الوطء) أى منه أو من غيره كما يفيده كلام الفتح وأشار إلى مافى الزيلعى من تصحيح عدم تقديره بالسن ، فإن السمينة الضخمة تحتمل الجماع ولو صغيرة السن (قوله أو تشتهى للوطء فيما دون الفرج) لأن الظاهر أن من كانت كذلك فهى مطيقة للجماع فى الجلة وإن لم تطقه من خصوص زوج مثلا فتح (قوله فلا نفقة) أى مالم يمسكها فى بيته للخدمة أو الاستئناس كما يأتى قريبا (قوله كما لو كانا صغيرين) لأن المانع من الوطء وجد منها ووجوده منه أيضا لايضر بعد عدم وجود التسليم الموجب ، للنفقة منها (قوله موطوءة أولا) أى سواء دخل بها أم لا (قوله كأن كان الزوج الخ) تمثيل لقوله أولا أفاد به أن عدم وطئها لافرق فيه بين أن يكون لامانع منه أصلا أوله مانع من جهته أو من جهتها وهى مشتهاة كالقرناء ونحوها لأن المعتبر فى إيجاب النفقة الاحتباس لانتفاع مقصود من وطء أو من دواعيه ، ولذا وجبت لصغيرة تشتهى للجماع فيما دون الفرج كما مر فافهم (قوله أو معتوهة) فى التاترخانية :المجنونة لها النفقة إذا لم تمنع نفسها بغير حق (قوله وكذا صغيرة) أى لاتشتهى أصلا ولو للجماع فيما دون الفرج وإلا لزمه نفقتها أمسكها أولا كما مر آنفا (قوله إن أمسكها فى بيته) وإن ردها فلا نفقة لها بدائع . وحاصله أنه مخير . أما فى مسألة المشتهاة فلا تخيير بل يلزمه نفقتها مطلقا كما علمته فافهم (قوله ولو منعت نفسها للمهر) أى الذى تعورف تقديمه لأنه منع بحق لتقصير من جهته فلا تسقط النفقة به زيلعى (قوله دخل بها أولا) تعميم للمنع : أى لها النفقة بالمنع المذكور سواء كان قبل الدخول أو بعده ، لكن عند أبى يوسف يسقط حقها فى المنع إذا دخل بها برضاها (قوله وعليه الفتوى) أى استحسانا ، لأنه لما طلب تأجيله كله فقد رضى بإسقاط حقه فى الاستمتاع .

وفى الخلاصة أن الأستاذ ظهير الدين كان يفتى بأنه ليس لها الامتناع ، والصدر الشهيد كان يفتى بأن لها ذلك اه فقد اختلف الإفتاء بحر من باب المهر ، وقدمنا هناك أن الاستحسان مقدم ، فلذا جزم به الشارح . وفى البحر عن الفتح وهذا كله إذا لم يشترط الدخول قبل حلول الأجل ، فلو شرطه ورضيت به ليس لها الامتناع على قول الثانى اه وتمام الكلام قدمناه هناك (قوله فتستحق النفقة) أى وإن لم يكن لها المطالبة بالمهر (قوله به يفتى) كذا فى الهداية ، وهو قول الخصاف . وفى الولوالجية : وهو الصحيح ، وعليه الفتوى . وظاهر الرواية اعتبار حاله فقط ، وبه قال جمع كثير من المشايخ ، ونص عليه محمد . وفى التحفة والبدائع أنه الصحيح بحر ، لكن المتون والشروح على الأول . وفى الخانية : وقال بعض الناس يعتبر حال المرأة .

قال فى البحر : واتفقوا على وجوب نفقة الموسرين إذا كانا موسرين ، وعلى نفقة المعسرين إذا كانا معسرين ،

ويخاطب بقدر وسعه والباقى دين إلى الميسرة ، ولو موسرا وهى فقيرة لايلزمه أن يطعمها مما يأكل بل يندب (ولو هى فى بيت أبيها) إذا لم يطالبها الزوج بالنقلة به يفتى؛ وكذا إذا طالبها ولم تمتنع أو امتنعت (للمهر أو مرضت فى بيت الزوج) فإن لها النفقـة استحسانا لقيام الاحتباس ، وكذا لو مرضت ثم إليه نقلت ، أو فى منزلها بقيت ولنفسها مامنعت ، وعليه الفتوى كما حرره فى الفتح .

وفى الخانية : مرضت عند الزوج فانتقلت لدار أبيها ، إن لم يمكن نقلها بمحفة ونحوها فلها النفقة وإلا لا كما لايلزمه مداواتها (لا) نفقة لأحد عشر : مرتدة ، ومقبلة ابنه ، ومعتدة موت ،

وإنما الاختلاف فيما إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا، فعلى ظاهر الرواية الاعتبار لحال الرجل، فإن كان موسرا وهى معسرة فعليه نفقة الموسرين ، وفى عكسه نفقة المعسرين . وأما على المفتى به فتجب نفقة الوسط فى المسألتين وهو فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة اهـ .

[تنبيه] صرحوا ببيان اليسار والإعسار فى نفقة الأقارب ولم أر من عرفهما فى نفقة الزوجة ، ولعلهم وكلوا ذلك إلى العرف والنظر إلى الحال من التوسع فى الإنفاق وعدمه ، ويؤيده قول البدائع : حتى لو كان الرجل مفرطا فى اليسار يأكل خبز الحوارى ولحم الدجاج والمرأة مفرطة فى الفقر تأكل فى بيت أهلها خبز الشعير يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة (قوله ويخاطب الخ) صرح به فى الهداية ، وقد غفل عنه فى غاية البيان فقال : إذا كان معسرا وهى موسرة وأوجبنا الوسط فقط كلفناه بما ليس فى وسعه (قوله والباقى) أى مايكمل نفقة الوسط (قوله ولو هى فى بيت أبيها) تعميم لقوله فتجب للزوجة ، وهذا ظاهر الرواية ، فتجب النفقة من حين العقد الصحيح وإن لم تنتقل إلى منزل الزوج إذا لم يطلبها . وقال بعض المتأخرين : لا تجب مالم تزف إلى منزله ، وهو رواية عن أبى يوسف ، واختاره القدورى وليس الفتوى عليه ، وتمامه فى الفتح (قوله إذا لم يطالبها الخ) الأخصر والأظهر أن يقول به يفتى إذا لم تمتنع من النقلة بغير حق (قوله لقيام الاحتباس) فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت ، والمانع لعارض فأشبه الحيض هداية (قوله وكذا لو مرضت الخ) هذا خلاف المفهوم من قول المصنف أو مرضت فى بيت الزوج : أى بعد ماسلمت نفسها صحيحة ، فإن مفهومه أنها لو سلمت نفسها مريضة لانفقة لها ، لأن التسليم لم يصح كما فى الهداية ، لكن حقق فى الفتح أن هذا مبنى على قول البعض من اشتراط التسليم لوجوب النفقة ، وقد علمت أنه خلاف المفتى به من تعلقها بالعقد الصحيح لا بالتسليم ، فالمختار وجوب النفقة لقيام الاحتباس (قوله وإلا لا) أى وإن أمكن نقلها إلى بيت الزوج بمحفة ونحوها فلم تنتقل لانفقة لها كما فى البحر لمنعها نفسها عن النقلة مع القدرة ، بخلاف ما إذا لم تقدر أصلا ، لكن سيأتى أنها لاتجب لمريضة لم تزف إذا لم يمكنها الانتقال معه أصلا ، فقد جعل عدم إمكان الانتقال مانعا من وجوب النفقة وهنا جعل موجبا لها .

وقد يجاب بالفرق ، وهو أنها هنا لما انتقلت إلى بيته فقد تحقق التسليم ولا تصير بعده ناشزة إلا إذا أمكنها الانتقال إليه وامتنعت ، بخلاف ما إذا لم يوجد تسليم أصلا ومرضت بحيث لا يمكنها الانتقال فلا نفقة لها لعدم التسليم أصلا لا حقيقة ولا حكما ، وسيأتى ما يؤيده (قوله كما لايلزمه مداواتها) أى إتيانه لها بدواء المرض ولا أجرة الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة هندية عن السراج . والظاهر أن منها ما تستعمله النفساء مما يزيل الكلف ونحوه ، وأما أجرة القابلة فسيأتى الكلام عليها (قوله لا نفقة لأحد عشر) أى بعد المنكوحة فاسدا وعدتها أمرا واحدا ، وذكر العدد لعدم التمييز اهـ ح . وقد ذكر المصنف منها هنا خمسة ، وذكر الشارح ستة ، لكن مازاده الشارح سيذكره المصنف مفرقا سوى منكوحة فاسد وعدته لأنها غير زوجة ، وسنتكلم عليها فى محالها .

ومنكوحة فاسدا وعدته، وأمة لم تبوأ ، وصغيرة لاتوطأ ، و(خارجة من بيته بغير حق) وهى الناشزة حتى تعود ولو بعد سفره خلافا للشافعى ، والقول لها فى عدم النشوز بيمينها ، وتسقط به المفروضة لا المستدانة فى الأصح كالموت ، قيد بالخروج لأنها لو مانعته من الوطء لم تكن ناشزة

وينبغى أن يذكر الموطوءة بشبهة، لما فى الخلاصة : كل من وطئت بشبهة فلا نفقة لها اهـ لأن زوجها ممنوع عنها بمعنى من جهتها ، ويمكن إدخالها فى الناشزة تأمل (قوله ومنكوحة فاسدا وعدته) الأولى ومعتدته ، وتقدم الكلام على المنكوحة فاسدا .

وفى الخانية : غاب عنها فتزوجت بآخر ودخل بها وفرق بينهما بعد عود الأول فلا نفقة لها فى عدتها لاعلى الأول ولا على الثانى ، بخلاف المدخولة إذا طلقت ثلاثا فتزوجت فى العدة ودخل بها الثانى فلها النفقة والسكنى على الأول اهـ أى لأنها معتدة من طلاق بائن من الأول ، أما فى الأولى فإنها معتدة من وطء الثانى بعقد فاسد فلانفقة لها عليه ولا على زوجها لأنها منعت نفسها بمعنى من جهتها . وفى الهندية : اتهم بامرأة فتزوجها وأنكر أن حبلها منه لانفقة عليه لأنه ممنوع من استمتاعها بمعنى من قبلها وإن أقر به لزمته .

[تنبيه] تزوج معتدة البائن إنما لايسقط نفقتها مادامت فى بيت العدة وإلا صارت ناشزة كما فى الذخيرة (قوله صغيرة لاتوطأ) وكذا إن صلحت للخدمة أو الاستئناس ولم يمسكها فى بيته كما مر فافهم (قوله بغير حق) ذكر محترزه بقوله بخلاف مالوخرجت الخ ، وكذا هو احتراز عما لوخرجت حتى يدفع لها المهر ولها الخروج فى مواضع مرت فى المهر ، وسيأتى بعضها عند قوله ولا يمنعها من الخروج إلى الوالدين (قوله وهى الناشزة) أى بالمعنى الشرعى أما فى اللغة فهى العاصية على الزوج المبغضة له (قوله ولو بعد سفره) أى لو عادت إلى بيت الزوج بعد ماسافر خرجت عن كونها ناشزة بحر عن الخلاصة بأى فتستحق النفقة فتكتب إليه لينفق عليها أو ترفع أمرها للقاضى ليفرض لها عليه نفقة ، أما لو أنفقت على نفسها بدون ذلك فلا رجوع لها لما سيأتى أنها تسقط بالمضى بدون قضاء ولاتراض (قوله والقول لها الخ) أى حيث لابينة له ، وهذا أخذه فى البحر مما فى الخلاصة : لو قال هى ناشزة فلا نفقة لها ، فإن شهدوا أنه أوفاها المعجل وهى لم تكن فى بيته سقطت النفقة ، وإن شهدوا أنها ليست فى طاعته للجماع لم تقبل لاحتمال كونها فى بيته ولا تسقط لأن الزوج يغلب عليها اهـ .

قلت : ويؤخذ منه أيضا تقييد كون القول لها بما إذا كانت فى بيته ، وهذا ظاهر لوكان الاختلاف فى نشوز فى الحال . أما لو ادعى عليها سقوط النفقة المفروضة فى شهر ماض مثلا لنشوزها فيه فالظاهر أن القول لها أيضا لإنكارها موجب الرجوع عليها تأمل ؛ ولو ادعت أن خروجها إلى بيت أهلها كان بإذنه وأنكر أو ثبت نشوزها ثم ادعت أنه بعده بشهر مثلا أذن لها بالمكث هناك هل يكون القول لها أم لا لم أره ، والظاهر الثانى لتحقق المسقط تأمل (قوله وتسقط به) أى بالنشوز النفقة المفروضة ، يعنى إذا كان لها عليه نفقة أشهر مفروضة ثم نشزت سقطت تلك الأشهر الماضية ، بخلاف ما إذا أمرها بالاستدانة فاستدانت عليه فإنها لاتسقط كما سيأتى فى مسألة الموت اهـ ح .

قلت : وسقوط المفروضة منصوص عليه فى الجامع ، أما المستدانة فذكر فى الذخيرة أنه يجب أن يكون على الروايتين فى سقوطها بالموت ، والأصح منهما عدم السقوط اهـ . ومقتضى هذا أنها لو عادت إلى بيته لايعود ماسقط ، وهل يبطل الفرض فيحتاج إلى تجديده بعد العود إلى بيته أم لا ؟ لم أره ، ويظهر عدم بطلانه ، لأن كلامهم فى سقوط المفروض لا الفرض فتأمل (قوله لو مانعته من الوطء الخ) قيده فى السراج بمنزل الزوج وبقدرته على

وشمل الخروج الحكمي كأن كان المنزل لها فمنعته من الدخول عليها فهي كالخارجة مالم تكن سألته النقلة، ولو كان فيه شبهة كبيت السلطان فامتنعت منه فهي ناشزة لعدم اعتبار الشبهة في زماننا ، بخلاف ما إذا خرجت من بيت الغصب أو أبت الذهاب إليه أو السفر معه أو مع أجنبي بعثه لينقلها فلها النفقة ، وكذا لو أجرت نفسها لإرضاع صبي وزوجها شريف ولم تخرج ، وقيل تكون ناشزة .

ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لنقص التسليم . قال في المجتبى : وبه عرف جواب واقعة في زماننا أنه لو تزوّج من المحترفات التي تكون بالنهار في مصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها انتهى ، قال في النهر : وفيه نظر

وطئها كرها . وقال بعضهم : لانفقة لها لأنها ناشزة اه والثاني وجيه في حق من يستحي ، وهذا يشير إلى أن هذا المنع في منزلها نشوز بالإتفاق سائحاني (قوله لها) أي ملكا أوإجارة (قوله مالم تكن سألته النقلة) بأن قالت له حولني إلى منزلك أو اكترلي منزلا فإني محتاجة إلى منزلي هذا آخذ كراءه فلها النفقة بحر (قوله لعدم اعتبار الشبهة في زماننا) نقله صاحب الهداية في التجنيس وصاحب المحيط في الذخيرة (قوله بخلاف الخ) لأن السكنى في المغصوب حرام والامتناع عن الحرام واجب ، بخلاف الامتناع عن الشبهة ، فإنه مندوب فيقدم عليه حق الزوج الواجب .

وسئلت عن امرأة أسكنها زوجها في بلاد الدروز الملحدين ثم امتنعت وطلبت منه السكنى في بلاد الإسلام خوفا على دينها ، ويظهر لي أن لها ذلك لأن بلاد الدروز في زماننا شبيهة بدار الحرب (قوله أو السفر معه) أي بناء على المفتى به من أنه ليس له السفر بها لفساد الزمان فامتناعها بحق (قوله أو مع أجنبي الخ) هذا مفهوم بالأولى ، لأنها إذا استحقت النفقة عند امتناعها عن السفر معه فمع الأجنبي بالأولى ، أو هو مبني على أصل المذهب من أن للزوج السفر بها لكنه لما بعث إليها أجنبيا ليأتيه بها كان امتناعها من السفر معه بحق ولذا قيد بالأجنبي ، إذلو كان محرما لها لم يكن لها نفقة ، لأنه ليس لها الامتناع ، ومسألة السفر فيها كلام بسطناه في باب المهر (قوله وقيل تكون ناشزة) أشار إلى ضعفه ، وبه صرح في البحر ، لكن قواه الرحمتي وغيره بأنه قائم بمصالحها وله منعها من الغزل ونحوه، وعن كل مايتأذى برائحته كالحناء والنقش، والإرضاع أولى لأن يهزلها ويلحقه عار به إذا كان من الأشراف .

أقول : وأنت خبير بأن هذا كله لا يدل للقول بأنها تصير بذلك ناشزة لأنها الخارجة بغير حق كما مر ، وإلا لزم أنها تصير ناشزة إذا خالفته في الغزل والنقش والحناء ونحو ذلك مما تخالف به أمره وهي في بيته وفساده لايخفى نعم يفيد أن له منعها من هذا الإيجار ، بل ذكر الخير الرملي أن له أن يمنعها من إرضاع ولدها من غيره وتربيته أخذا مما في التتارخانية عن الكافي في إجارة الظئر ، وللزوج أن يمنع امرأته عما يوجب خللا في حقه وما فيها أيضا عن السغناقي ، ولأنها في الإرضاع والسهر تتعب وذلك ينقص جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها اه فافهم (قوله قال في النهر وفيه نظر) وجهه أنها معذورة لاشتغالها بمصالحها، بخلاف المسألة المقيس عليها فإنها لاعذر لها فنقص التسليم منسوب إليها أفاده ح . وفيه أن المحبوسة ظلما والمغصوبة وحاجة الفرض مع غيره معذورة وقد سقطت نفقتها .

وفي الهندية في الأمة إذا سلمها السيد لزوجها ليلا فقط فعليه نفقة النهار ، وعلى الزوج نفقة الليل ، وقياسه هنا كذلك ط .

(ومحبوسة) ولو ظلما إلا إذا حبسها هو بدين له فلها النفقة فى الأصح جوهرة ، وكذا لو قدر على الوصول إليها فى الحبس صيرفية كحبسه مطلقا ، لـكن فى تصحيح القدورى : لو حبس فى سجن السلطان فالصحيح سقوطها . وفى البحر عن مآل الفتاوى : ولو خيف عليها الفساد تحبس معه عند المتأخرين (ومريضة لم تزف) أى لا يمكنها الانتقال معه أصلا فلا نفقة لها وإن لم تمنع

قلت : وسيذكر الشارح قبيل قوله وتفرض لزوجة الغائب عن البحر أن له منعها من الغزل وكل عمل ولو قابلة ومغسلة اه . وأنت خبير بأنه إذا كان له منعها من ذلك ، فإن عصته وخرجت بلا إذنه كانت ناشزة مادامت خارجة ، وإن لم يمنعها لم تـكن ناشزة ، والله تعالى أعلم (قوله ومحبوسة ولو ظلما) شمل حبسها بدين تقدر على إيفائه أولا قبل النقلة إليه أو بعدها ، وعليه الاعتماد زيلعى ، وعليه الفتوى فتح لأن المعتبر فى سقوط نفقتها فوات الاحتباس لامن جهة الزوج بحر (قوله صيرفية) كذا نقله عنها فى المنح وأقره ، ونقله فى الشرنبلالية عن الخانية (قوله كحبسه) مصدر مضاف لمفعوله أى كـكونه محبوسا فافهم (قوله مطلقا) أى ولو ظلما أو حبسته هى لدين عليه أو أجنبى (قوله لـكن الخ) قال فى النهر : قيد بحبسها لأن حبسه مطلقا غير مسقط لنفقتها كذا فى غير كتاب ، إلا أنه فى تصحيح القدورى نقل عن قاضيخان أنه لو حبس فى سجن السلطان ظلما اختلفوا فيه ، والصحيح أنها لاتستحق النفقة اه .

قلت : ونقل المقدسى عبارة الخانية كذلك ، وقال كذا فى نسخة المؤيدية ونسخ جديدة لعلها كتبت منها . وفى نسختى العتيقة التى عليها خط بعض المشايخ حذف لا ، فليحرر اه .

قلت : وهـكذا رأيته بدون لافى نسخة عتيقة عندى من الخانية وكذا نقله فى الهندية عن الخانية ، فلعل صاحب تصحيح القدورى نقل ذلك من نسخة المدرسة المؤيدية أيضا أو مما نقل عنها فتكون لازائدة ، ليوافق مافى بقية النسخ القديمة ومافى غير كتاب ، والمعنى يساعده أيضا لأن الاحتباس جاء لمعنى من جهته لامن جهتها كما لو كان مريضا أو صغيرا جدا أو مجبوبا أو عنينا (قوله وفى البحر الخ) عبارته : وفى الخلاصة أنها إذا حبسته وطلب أن تحبس معه فإنها لاتحبس . وذكر فى مآل الفتاوى الخ .

قلت : وهذا إذا كان فى الحبس موضع خال كما فى التتارخانية ؛ ثم لايخفى أن تقييده بما لو خيف عليها الفساد ظاهر فى أن فرض المسألة فيما إذا ظهر للقاضى أن قصدها بحبسه أن تفعل ماتريد حيث كانت من أهل التهمة والفساد لابمجرد دعوى الزوج ذلك ، فينبغى للقاضى أن يتحرى فى ذلك ، فقد وقع فى زماننا أن امرأة حبست زوجها بدين لها عليه فطلب حبسها معه لأجل أن تخرجه من الحبس ويأكل مالها ، ولايخفى أن حبسها له غير قيد ، بل لو حبسه غيرها وخاف عليها الفساد فالحـكم كذلك ، لأن العلة خوف الفساد (قوله لم تزف) أى لم تنتقل إلى بيت زوجها (قوله أى لا يمكنها الخ) اعلم أن المذهب المصحح الذى عليه الفتوى وجوب النفقة للمريضة قبل النقلة أو بعدها أمكنه جماعها أولا ، معها زوجها أولا حيث لم تمنع نفسها إذا طلب نقلتها ، فلا فرق حينئذ بينها وبين الصحيحة لوجودالتمـكين من الاستمتاع كما فى الحائض والنفساء ، وحينئذ فلا ينبغى إدخالها فيمن لانفقة لهن ، لـكن ظاهر التجنيس أنه إذا كان مرضا مانعا من النقلة فلا نفقة لها وإن لم تمنع نفسها لعدم التسليم بالـكلية فهذا مراد من فرّق بين المريضة والصحيحة ، وعليه يحمل كلام المصنف ، هذا حاصل ماحرره فى البحر ، ومشى عليه الشارح حيث ذكر فيما مر أن لها النفقة إذا مرضت بعد النقلة فى بيت الزوج أو قبل النقلة ثم انتقلت إلى بيته أو لم تنتقل ولم تمنع نفسها ، ثم ذكر هنا أن التى لا نفقة لها هى التى مرضت قبل النقلة مرضا لايمكنها

نفسها لعدم التسليم تقديرا بحر (ومغصوبة) كرها (وحاجة) ولو نفلا (لامعه ولو بمحرم) لفوات الاحتباس .

(ولو معه فعليه نفقة الحضر خاصة) لانفقة السفر والكراء (امتنعت المرأة) من الطحن والخبز (إن كانت ممن لاتخدم) أو كان بها علة (فعليه أن يأتيها بطعام مهيإ وإلا) بأن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك (لا) يجب عليه ولا يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك لوجوبه عليها ديانة ولو شريفة لأنه عليه الصلاة والسلام قسم الأعمال بين علي وفاطمة ، فجعل أعمال الخارج على علي رضى الله عنه والداخل على فاطمة رضى الله تعالى عنها مع أنها سيدة نساء العالمين بحر .

(ويجب عليه آلة طحن وخبز وآنية شراب وطبخ ككوز وجرة وقدر ومغرفة) وكذا سائر أدوات البيت كحصر ولبد وطنفسة ، وما تتنظف به وتزيل الوسخ كمشط وأشنان وما يمنع الصنان ، ومداس رجلها ، وتمامه فى الجوهرة والبحر . وفيه أجرة القابلة على من استأجرها من زوجة وزوج ولو جاءت بلا استئجار ،

الانتقال معه ، وقدمنا الفرق بين هذه وبين التى مرضت عند الزوج ثم عادت إلى دار أبيها ولا يمكنها الانتقال (قوله ومغصوبة) أى من أخذها رجل وذهب بها ، وهذا ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف : لها النفقة والفتوى على الأول ، لأن فوات الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا هداية ، وقيد بقوله كرها ، لأنه لو ذهب بها على صورة الغصب لكن برضاها فلا خلاف فيها إذ لاشك فى أنها ناشزة فافهم (قوله ولو نفلا) المناسب ولو فرضا فيفهم عدم الوجوب فى النفل بالأولى لأنه متفق عليه . أما الفرض ففى البحر عن الذخيرة عن أبى يوسف أنه عذر فلها نفقة الحضر . وفى رواية عنه : يؤمر بالخروج معها والإنفاق عليها (قوله لامعه) عطف على مقدر : أى حاجة وحدها أو مع غير الزوج لامعه (قوله لفوات الاحتباس) علة لقوله لا لنفقة لأحد عشر الخ (قوله ولو معه) أى ولو حجت مع الزوج ولو كان الحج نفلا كما فى الهندية ط . قلت : وكذا لو خرجت معه لعمرة أو تجارة لقيام الاحتباس لكونها معه (قوله لا نفقة السفر والكراء) فينظر إلى قيمة الطعام فى الحضر لا فى السفر بحر . قلت : لايخفى أن هذا إذا خرج معها لأجلها ، أما لو أخرجها هو يلزمه جميع ذلك (قوله من الطحن والخبز) عبارة الهنديه من الطبخ والخبز (قوله فعليه أن يأتيها بطعام مهيإ) أو يأتيها بمن يكفيها عمل الطبخ والخبز هندية (قوله لايجب عليه) وفى بعض المواضع : تجبر على ذلك . قال السرخسى : لاتجبر ، ولكن إذا لم تطبخ لايعطيها الإدام وهو الصحيح ، كذا فى الفتح . ومانقله عن بعض المواضع عزاه فى البدائع إلى أبى الليث ، ومقتضى ماصححه السرخسى أنه لا يلزمه سوى الخبز تأمل ، لكن رأيت صاحب النهر قال بعد قوله لايعطيها الإدام ، أى إدام هو طعام لا مطلقا كما لايخفى (قوله على ذلك) أى على الطحن والخبز (قوله لوجوبه عليها ديانة) فتفتى به ، ولكنها لاتجبر عليه إن أبت بدائع (قوله ولو شريفة) كذا قاله فى البحر أخذا من التعليل ، وهو مخالف لما قبله من أنها إذا كانت ممن لاتخدم فعليه أن يأتيها بطعام وإلا لا ، فلو وجب عليها ديانة لم يبق فرق بين الصورتين اللهم إلا أن يقال إن الشريفة قد تكون ممن تخدم نفسها وقد لا تكون . والذى يظهر اعتبار حالها فى الغنى والفقر لا فى الشرف وعدمه ، فإن الشريفة الفقيرة تخدم نفسها ، وحاله عليه الصلاة والسلام وحال أهل بيته فى غاية من التقلل من الدنيا فلا يقاس عليه حال أهل التوسع تأمل . وعبارة صاحب الهداية فى مختارات النوازل تؤيده ، حيث قال وإن كانت ممن تخدم نفسها فعليها الطبخ والخبز لأنه عليه الصلاة والسلام الخ (قوله ولبد) كجلد واحد اللبود والطنفسة مثلثا البساط (قوله وتمامه فى الجوهرة) حيث قال ويجب عليه ماتنظف به وتزيل الوسخ كالمشط والدهن والسدر والخطمى والأشنان والصابون على عادة أهل البلد ، أما الخضاب والكحل فلا يلزمه بل هو

قيل عليه وقيل عليها (وتفرض لها الكسوة فى كل نصف حول مرة) لتجدد الحاجة حرا وبردا (وللزوج الإنفاق عليها بنفسه) ولو بعد فرض القاضى خلاصة (إلا أن يظهر للقاضى عدم إنفاقه فيفرض) أى يقدر (لها) بطلبها مع

على اختياره ، وأما الطيب فيجب عليه مايقطع به السهوكة لاغير ، وعليه ماتقطع به الصنان لا الدواء للمرض ولا أجرة الطبيب ولا الفصاد ولا الحجام ، وعليه من الماء ماتغسل به ثيابها وبدنها لاشراء ماء الغسل من الجنابة بل ينقله إليها أو يأذن لها بنقله وإن كانت موسرة استأجرت من ينقله إليها وعليه ماء الوضوء اه لكن فى الهندية أن ثمن ماء الاغتسال على الزوج وكذا ماء الوضوء ، وعليه فتوى مشايخ بلخ والصدر الشهيد ، وهو اختيار قاضيخان اه . وفى البزازية : ولاتفرض لها الفاكهة ، والسهك بالتحريك : ريح العرق . والصنان : دفر الإبط بالدال المهملة : أى نتنه كما فى المصباح .

[تنبيه] قد علم مما ذكر أنه لايلزمه لها القهوة والدخان وإن تضررت بتركهما ، لأن ذلك إن كان من قبيل الدواء أو من قبيل التفكه فكل من الدواء والتفكه لايلزمه كما علمت (قوله قيل عليه الخ) عبارة البحر عن الخلاصة : فلقائل أن يقول عليه لأنه مؤنة الجماع ، ولقائل أن يقول عليها كأجرة الطبيب اه وكذا ذكر غيره ، ومقتضاه أنه قياس ذو وجهين لم يجزم أحد من المشايخ بأحدهما خلاف مايفهمه كلام الشارح ، ويظهر لى ترجيح الأول لأن نفع القابلة معظمه يعود إلى الولد فيكون على أبيه تأمل (قوله وتفرض لها الكسوة) كان على المصنف أن يصل الكلام على الكسوة بعضه ببعض ، بأن يقدم قوله وتزاد فى الشتاء الخ هنا أو يؤخر هذه الجملة هناك ط .

واعلم أن تقدير الكسوة مما يختلف باختلاف الأماكن والعادات فيجب على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فى كل وقت ومكان ، فإن شاء فرضها أصنافا ، وإن شاء قوّمها وقضى بالقيمة ، كذا فى المجتبى . وفى البدائع : الكسوة على الاختلاف كالنفقة من اعتبار حاله فقط أو حالها بحر (قوله فى كل نصف حول مرة) إلا إذا تزوج وبنى بها ولم يبعث لها كسوة فتطالبه بها قبل نصف الحول والكسوة كالنفقة فى أنه لايشترط مضى المدة بحر عن الخلاصة . وحاصله أنها تجب لها معجلة لابعد تمام المدة .

واعلم أنه لايجدد لها الكسوة مالم يتخرق ماعندها أو يبلغ الوقت الذى يكسوها كافى الحاكم ، وفيه تفصيل سيأتى قبيل قوله ولخادمها (قوله وللزوج الإنفاق عليها بنفسه) لكونه قواما عليها لا ليأخذ مافضل ، فإن المفروضة أو المدفوعة لها ملك لها ، فلها الإطعام منها والتصدق ، ومقتضاه أنها لو أمرته بإنفاق بعض المقرر لها فالباقى لها أو بشراء طعام ليس له أكل مافضل عنها . وفى الخانية : لو أكلت من مالها أو من المسألة لها الرجوع عليه بالمفروض بحر ملخصا (قوله ولو بعد فرض القاضى) لامحل له هنا لأن من شروط فرض القاضى أن يظهر له مطله وعدم إنفاقه كما تعرفه (قوله فيفرض الخ) تفريع على الاستثناء وبيان نتيجته لكنه غير مفيد ، فكان عليه أن يبدله بقوله فيأمره ليعطيها : أى ليس له أن ينفق عليها ، بل يدفع لها ماتنفقه على نفسها ، وقد صلح الشارح عبارة المصنف حيث عطف قوله ويأمره الخ على قوله فيفرض لكن كان عليه حذف قوله إن شكت مطله ، لأنه يغنى عنه قول المصنف أن يظهر للقاضى عدم إنفاقه مع إيهامه الاكتفاء بمجرد الشكاية . ويوضح ماقلناه ما فى البحر عن الخلاصة والذخيرة الزوج هو الذى يلى الإنفاق إلا إذا ظهر عند القاضى مطله ، فحينئذ يفرض النفقة ويأمره ليعطيها لتنفق على نفسها نظرا لها ، فإن لم يعط حبسه ولا تسقط عنه النفقة اه وقوله بطلبها مع حضرته بيان لشرطين لجواز فرض القاضى النفقة ذكرهما فى البدائع ، لكن سيأتى فى المتن فرضها على الغائب لو له مال عند من يقربه وبالزوجية ومطلقا على قول زفر المفتى به . ويؤخذ من كلام الذخيرة والخلاصة شرط ثالث وهو ظهور مطله ،

حضرته ويأمره ليعطيها إن شكت مطله ولم يكن صاحب مائدة لأن لها أن تأكل من طعامه وتتخذ ثوبا من كرباسه بلا إذنه ، فإن لم يعط حبسه ولا تسقط عنه النفقة خلاصة وغيرها ، وقوله (فى كل شهر) أى كل مدة تناسبه كيوم للمحترف وسنة للدهقان ، وله الدفع كل يوم ، كما لها الطلب كل يوم عند المساء لليوم الآتى ،

وقوله ولم يكن صاحب مائدة بيان لشرط رابع ذكره فى غاية البيان حيث قال : إذا كان له طعام كثير وهو صاحب مائدة يمكن المرأة من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالبه بفرض النفقة ؛ وإن لم يكن بهذه الصفة ، فإن رضيت أن تأكل معه فبها ونعمت ، وإن خاصمته يفرض لها بالمعروف اه وهو كالصريح فى أن المراد بصاحب المائدة من يمكنها تناول كفايتها من طعامه سواء كان ينفق على من لا تجب عليه نفقته أو لا فافهم (قوله لأن لها الخ) تعليل لما فهم من الشرط الرابع : أى لكونها يحل لها تناول كفايتها ولو بدون إذنه لا يفرض لها إذا أمكنها ذلك فافهم (قوله فإن لم يعط الخ) تفريع على قوله ليعطيها . وفى الفتح : امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق بينهما ويبيع الحاكم ماله عليه ويصرفه فى نفقتها ، فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ ولا يباع مسكنه وخادمه لأنه من أصول حوائجه وهى مقدمة على ديونه ، وقيل يبيع ماسوى الإزار إلا فى البرد ، وقيل ماسوى دست من الثياب وإليه مال الحلوانى ، وقيل دستين وإليه مال السرخسى ، ولا تباع عمامته قهستانى عن المحيط در منتقى . والدست من الثياب : مايلبسه الإنسان ويكفيه لتردده فى حوائجه جمعه دسوت مصباح (قوله أى كل مدة تناسبه الخ) قالوا : يعتبر فى الفرض الأصلح ، والأيسر ؛ ففى المحترف يوما بيوم لأنه قد لا يقدر على تحصيل نفقة شهر دفعة ، وهذا بناء على أنه يعطيها معجلا ، ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذى يلى ذلك المساء لتتمكن من الصرف فى حاجتها فى ذلك اليوم ، وإن كانا تاجرا فنفقة شهر بشهر ، أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة أو من الصناع الذين لا ينقضى عملهم إلا بانقضاء الأسبوع كذلك فتح وغيره .

قلت : ومشى فى الاختيار وغيره على ما ذكره المصنف من التقدير بشهر لأنه وسط وهو الذى ذكره محمد ، نعم فى الذخيرة عن السرخسى أنه ليس بتقدير لازم وأن بعض المتأخرين اعتبر مامر من التفصيل فى حال الزوج (قوله وله الدفع كل يوم) ذكره فى البحر بحثا حيث ذكر التفصيل المذكور ، ثم قال : وينبغى أن يكون محله ما إذا رضى الزوج ، وإلا فلو قال أنا أدفع نفقة كل يوم معجلا لا يجبر على غيره لأنه إنما اعتبر ماذكر تخفيفا عليه فإذا كان يضره لا يفعل ، وظاهر كلامهم أن كل مدة ناسبت حال الزوج أنه يعجل نفقتها كما صرحوا به فى اليوم اه فتأمل (قوله كما لها الطلب الخ) ذكر فى الذخيرة مامر عن محمد من التقدير بشهر لأنه أقل الآجال المعتادة ثم قال وفرّع على هذا أنه لو لم يدفع لها فأرادت أن تطالب كل يوم فإنما تطالب عند المساء ، لأن حصة كل يوم معلومة فيمكن طلبها بخلاف مادون اليوم لأنه مقدر بالساعات فلا يمكن اعتباره اه فأفاد أن الخيار لها فى طلب كل يوم إذا لم يدفع لها نفقة الشهر ، فلا ينافى مابحثه فى البحر من جعل الخيار له فى الدفع كل يوم فافهم ، نعم جعل الخيار له قد يكون فيه إضرار بها كما هو مشاهد حيث يحوجها إلى الخروج من بيتها فى كل يوم وإلى المخاصمة والمنازعة ، وربما لا تجده وإن وجدته لا يعطيها ، فالأولى فى زماننا مانقلناه عن الذخيرة من التقدير بالشهر وجعل الخيار لها فى الأخذ كل يوم ، لكن إذا ماطلها كما ذكرناه لا مطلقا ، لأنه إذا دفع لها نفقة كل شهر فامتنعت وطلبت الأخذ كل يوم تكون متعنتة قاصدة لإضراره ومخاصمته فى كل يوم ، فينبغى التعويل على هذا التفصيل الموافق لقواعد الشرع المعلومة من قطع المنازعة والخصومة .

ولها أخذ كفيل بنفقة شهر فأكثر خوفا من غيبته عند الثاني وبه يفتى، وقس سائر الديون عليه وبه أفتى بعضهم جواهر الفتاوى من كفالة الباب الأول ، ولو كفل لها كل شهر كذا أبدا وقع على الأبد وكذا لو لم يقل أبدا عند الثاني ،

مطلب فى أخذ المرأة كفيلا بالنفقه

(قوله ولها أخذ كفيل الخ) عبارة الفتح : امرأة قالت إن زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلا بالنفقة . قال أبو حنيفة : ليس لها ذلك . وقال أبو يوسف : تأخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه الفتوى ، فلو علم أنه يمكث فى السفر أكثر من شهر أخذ عند أبي يوسف الكفيل بأكثر من شهر اه . فظهر أن محل أخذ الكفيل بنفقة شهر هو عدم العلم بقدر غيبته ، فيخاف أن يمكث أقل أو أكثر فيقتصر على الشهر لأنه أقل الآجال المعتادة كما مر ، ومحل الأكثر لو علم أنه يغيب أكثر كما لو خرج للحج مثلا فيؤخذ بقدرها فافهم ، نعم فى عبارة الشارح اختصار يوهم خلاف المراد، وما أفاده كلامه من أن خلاف أبي يوسف فى المحلين لا فى الأول فقط هو صريح عبارة الفتح المذكورة فافهم (قوله وقس سائر الديون عليه) أى على دين النفقة . قال فى [نور العين] وفى آخر كفالة المحيط : والفتوى فى مسألة النفقة على قول أبي يوسف . وفى سائر الديون : لو أفتى مفت بذلك كان حسنا رفقا بالناس ، وفى الأقضية أجمعوا أن فى الدين المؤجل إذا قرب حلول الأجل وأراد المديون السفر لا يجب عليه إعطاء الكفيل، وفى الصغرى المديون إذا أراد أن يغيب ليس لرب الدين أن يطالبه باعطاء الكفيل. وقال أبو يوسف : لو قال قائل بأن له أن يطالبه قياسا على نفقة شهر لا يبعد . وفى المنتقى : رب الدين لو قال للقاضي إن مديوني فلانا يريد أن يغيب عني فإنه يطالبه بإعطاء الكفيل وإن كان الدين مؤجلا اه ثم لا يخفى أنه لا يتأتى هنا التقييد بالشهر ، بل المراد الكفالة بكل الدين لأنه شيء مقدر ثابت فى ذمة المديون ، بخلاف النفقة فإنها تزداد بزيادة المدة فتتقيد الكفالة بقدر مدة الغيبة ، نعم لو كان الدين مقسطا يظهر التقييد بأخذ الكفيل بأقساط مدة الغيبة فافهم (قوله ولو كفل لها كل شهر كذا الخ) اعلم أن مامر إنما هو فى الخلاف فى جواز أخذها الكفيل منه جبرا عند خوف الغيبة ، والكلام الآن فى قدر المدة التى تصح بها الكفالة ، فإن كفل لها كل شهر عشرة دراهم ، فإن قال أبدا أو مادمتما زوجين وقع على الأبد اتفاقا ، وإلا وقع على شهر واحد عند أبي حنيفة ، وعلى الأبد عند أبي يوسف ، وهو أرفق ، وعليه الفتوى كما فى البحر . ومفاده أنها لا تصح قبل الفرض أو التراضى على شيء معين ، وصرح به فى البحر عن الذخيرة فى شرح قوله ولا تجب نفقة مضت إلا بالقضاء أو الرضا، لكن نقل بعده عن الواقعات لو قالت إنه يريد الغيبة وطلبت منه كفيلا ليس لها ذلك لأن النفقة لم تجب . وقال أبو يوسف : أستحسن أخذ كفيل بنفقة شهر وعليه الفتوى ، لأنها إن لم تجب للحال تجب بعده فيصير كأنه كفل بما ذاب لها على الزوج فيجبر استحسانا رفقا بالناس . قال : وزاد فى الذخيرة : إنه لا فرق بين كونها مفروضة أولا اه .

قلت : وهذا مخالف لما قبله من أنها لا تصح قبل الفرض أو التراضى، ووفق الرملي بحمل ماقبله على حال الحضور وحمل هذا على حال إرادة الغيبة فيصح فى الغيبة مطلقا استحسانا ، وعليه فما مر من أن الأب لا يطالب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا ضمنها مقيد بالمفروضة أو المقضية توفيقا بين كلامهم .

قلت : وفى الذخيرة عن كتاب الأقضية : إذا ضمن النفقة والمهر عن زوجها فضمان النفقة باطل إلا أن يسمى شيئا بأن يصطلحا على شيء مقدر لنفقة كل شهر ثم يضمنه رجل، فيجوز لوجوب النفقة بهذا الاصطلاح فيصح الضمان ولكن لا يلزمه أكثر من نفقة شهر اه . والظاهر أن هذا هو القياس، إذ لا يصح الضمان بما لم يجب، لأن النفقة لا تجب قبل الاصطلاح على قدر معين بالقضاء أو الرضا ولذا تسقط بالمضي عند عدم ذلك، لكن علمت مما مر أن الاستحسان

وبه يفتى بحر . وفيه عليها دين لزوجها لم يلتقيا قصاصا إلا برضاه لسقوطه بالموت ، بخلاف سائر الديون . وفيه آجرت دارها من زوجها وهما يسكنان فيه لاأجر عليه .

ولو دخل بها فى منزل كانت فيه بأجر فطولبت به بعد سنة فقالت له أخبرتك بأن المنزل بالكراء عليك الأجر فهو عليها لأنها العاقدة بزازية ، ومفهومه أنها لو سكنت بغير إجارة فى وقف أو مال يتيم أو معد للاستغلال ، فالأجرة عليه فليحفظ (ويقدرها بقدر الغلاء والرخص ولا تقدر بدراهم) ودنانير كما فى الاختيار ، وعزاه المصنف لشرح المجمع للمصنف ، لكن فى البحر عن المحيط ثم المجتبى : إن شاء القاضى فرضها أصنافا أو قومها بالدراهم ثم يقدر بالدراهم .

الجواز وإن لم تجب للحال وأنه يصير كأنه كفل لها بماذاب لها على الزوج ، أى بما ثبت لها عليه بعد ، والكفالة بذلك جائزة فى غير النفقة فكذا فى النفقة . ولا يخفى أن علة الاستحسان جارية فى مسألتى الحضرة والغيبة ، ويدل عليه إطلاقهم مسألة ضمان الأب نفقة زوجة الابن ، وكذا قوله فى فتح القدير ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وإن لم تكن واجبة ، هذا ماظهر لى من التوفيق ، وهو بالقبول حقيق فاغتنمه .

[تنبيه] هذه الكفالة تتضمن زمان العدة أيضا لأنه كفيل ما دام النكاح ، وهو فى العدة باق من وجه كما فى الذخيرة ونحوه فى الفتح . ولو كفل لها بنفقة ولدها أبدا أو بنفقة خادمها ماعاش لم يصح لسقوط النفقة عنه إذا أيسر الولد أو بلغ أو استغنت المرأة عن الخادم فكان الوقت مجهولا ، بخلاف نفقة المرأة لوجوبها مابقى النكاح كما فى الذخيرة .

ثم اعلم أن الكفالة بالمال يشترط لصحتها أن يكون المال دينا صحيحا وهو مالايسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، ودين النفقة يسقط بالموت والطلاق ، فالقياس أن لاتصح فيه الكفالة ، وكأنهم أخذوا بالاستحسان كما ذكره الشارح فى كتاب الكفالة فافهم (قوله لسقوطه) أى لسقوط دين النفقة بموت أحدهما ، وكذا بالطلاق على مافيه من الخلاف على ماسيأتى ، فكان أضعف من دين الزوج فلابد من رضاه اهـ ح (قوله بخلاف سائر الديون) أى فإنه يقع التقاص فيها تقاصا أولا بشرط التساوى ، فلو اختلفا كما إذا كان أحدهما جيدا والآخر رديئا فلابد من رضا صاحب الجيد كما فى البحر ح (قوله وفيه) أى فى البحر عند قول الكنز والسكنى فى بيت خال الخ ، لكن هذا يوجد فى بعض نسخ البحر (قوله لا أجر عليه) لأن منفعة سكنى الدار تعود إليها ، لكن سيأتى فى الإجارات أن الفتوى على الصحة لتبعيتها له فى السكنى أفاده ح (قوله ومفهومه الخ) من كلام البحر (قوله فالأجرة عليه) لأن هذه الثلاثة تضمن بالغصب ، وهى تابعة للزوج فى السكنى ولم يوجد العقد منها .

واعترضه ط بأن سكناه عارضة بعد تحقق الغصب منها ولا اعتبار لنسبة السكنى العارضة إليه بعد تحقق الفعل منها اهـ . وقد يجاب بأنها لما كانت تابعة له فى السكنى صارت اليد له فصار كغاصب الغاصب ، لكن مقتضى هذا جواز تضمينها وتضمينه الأجرة كما هو الحكم فى الغاصب وغاصب الغاصب (قوله بقدر الغلاء والرخص) أى يراعى كل وقت أو مكان بما يناسبه . وفى البزازية إذا فرض القاضى النفقة ثم رخص تسقط الزيادة ولا يبطل القضاء وبالعكس لها طلب الزيادة اهـ وكذا لو صالحته على شىء معلوم ثم غلا السعر أو رخص كما سيذكره المصنف والشارح (قوله ولا تقدر بدراهم ودنانير) أى لاتقدر بشىء معين بحيث لاتزيد ولا تنقص فى كل مكان وزمان ، وماذكره محمد من تقديرها على المعسر بأربعة دراهم فى كل شهر فليس بلازم وإنما هو على ماشاهد فى زمانه ، وإنما على القاضى فى زماننا اعتبار الكفاية بالمعروف كما فى الذخيرة (قوله لكن فى البحر الخ) حيث قال : فالحاصل أنه ينبغى للقاضى

وفيه : لو قترت على نفسها فله أن يرفعها للقاضي لتأكل مما فرض لها خوفا عليها من الهزال فإنه يضره كماله أن يرفعها للقاضي للبس الثوب لأن الزينة حقه (وتزاد في الشتاء جبة) وسروالا وما يدفع به أذى حر وبرد (ولحافا وفراشا) وحدها لأنها ربما تعتزل عنه أيام حيضها ومرضها (إن طلبته، ويختلف ذلك يسارا وإعسارا وحالا وبلدا) اختيار، وليس عليه خفها بل خف أمتها مجتبى :

وفي البحر : قد استفيد من هذا أنه لو كان لها أمتعة من فرش ونحوها لايسقط عن الزوج ذلك بل يجب عليه وقد رأينا من يأمرها بفرش أمتعتها له ولأضيافه جبرا عليها وذلك حرام كمنع كسوتها اه ؛ لكن قدمنا في المهر عنه

إذا أراد فرض النفقة أن ينظر في سعر البلد وينظر مايكفيها بحسب عرف تلك البلدة ويقوّم الأصناف بالدراهم ثم يقدر بالدراهم كما في المحيط ، أما باعتبار حاله أو باعتبار حالها كما مر : ثم قال : وفي المجتبى إن شاء فرض لها أصنافا وإن شاء قوّمها وفرض لها بالقيمة اه .

ثم اعلم أن هذا لاينافي ماعزاه إلى الاختيار والمجمع من عدم تقديرها بدراهم : أي بشيء معين لايزيد ولاينقص بل هو مؤكد له ومفسر ، فلا وجه للاستدراك عليه ؛ فالأولى جعل قوله لكن الخ استدراكا على قوله ويقدرها بقدر الغلاء والرخص ، فإن ماذكره في البحر يفيد أن القاضي مخير بين ذلك وبين فرضها أصنافا : أي من خبز وإدام ودهن وصابون ونحو ذلك ، فإذا ظهر للقاضي عدم إنفاقه بنفسه يأمره بدفع ذلك أو بقيمته بقدر كفايتها ، وحينئذ فالاستدراك صحيح فافهم (قوله وفيه) أي في البحر بحثا (قوله كما له أن يرفعها) الأولى أن يقول بدليل أن له أن يرفعها الخ ليفيد أنه بحث ، فإن صاحب البحر ذكر هذه المسألة عن الخلاصة ، ثم قال وهو يدل على أن له الخ (قوله وتزاد في الشتاء الخ) أي تزاد على ماقدره محمد في الكسوة بدرعين وخمارين وملحفة في كل سنة : قال في الظهيرية : إن هذا في عرفهم ، أما في عرفنا فيجب السراويل والجبة والفراش واللحاف وما تدفع به أذى الحر والبرد ، وفي الشتاء درع خزرجية قز وخمار إبريسم اه : وفي الذخيرة ماذكره محمد على عادتهم ، وذلك يختلف باختلاف الأماكن حرا وبردا والعادات ، فعلى القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف في كل وقت ومكان ، وكل جواب عرفته في النفقة من اعتبار حاله أو حالها فهو الجواب في الكسوة (قوله ومايدفع الخ) مفعول لفعل مقدر دل عليه المذكور ، إذ عطفه على جبة لايناسبه تقييد الفعل بالشتاء ، وما يدفع أذى الحر يناسب الصيف (قوله إن طلبته) راجع لقوله ويقدرها وقوله وتزاد (قوله ويختلف ذلك الخ) هو معنى ماذكرناه آنفا عن الظهيرية وعن الذخيرة ، وقوله وحالا : أي حال الزوجين في اليسار والإعسار ، فهو عطف مرادف تأمل ، ولو قال بدله ووقتا لكان أولى (قوله وليس عليه خفها الخ) قال في البزازية : ولم يذكر الخف والإزار في كسوة المرأة وذكرهما في كسوة الخادم وذلك في ديارهم بحكم العرف وفي ديارنا يفرض الإزار والمكعب وما تنام عليه اه : وقال السرخسي : ولم يوجب محمد الإزار لأنه إنما يحتاج للخروج والمرأة منهية عنه : قال في الذخيرة : هذا التعليل إشارة إلى أنه لايفرض للمرأة الإزار في ديارنا أيضا اه :

والحاصل أنه اختلف التعليل لعدم ذكر الإزار ، فقيل للعرف ولذا أوجبه الخصاف لاختلاف العرف في زمانه وقيل لحرمة الخروج ، ولعل الأول أوجه لأنها يحل لها الخروج في مواضع فلابد لها من ساتر ، وتقدم أنه يجب لها مداس رجلها . والظاهر أنه لا خلاف فيه إن كان المراد به ماتلبسه في البيت ، وكذا الخف أو الجورب في الشتاء لدفع البرد الشديد (قوله وفي البحر الخ) وعبارته : والحاصل أن المرأة ليس عليها إلا تسليم نفسها في بيته ، وعليه لها جميع مايكفيها بحسب حالها من أكل وشرب ولبس وفرش ، ولا يلزمها أن تتمتع بما هو ملكها ولا أن تفرش له شيئا من فرشها الخ :

عن المبتغى : لو زفت إليه بلا جهاز يليق به فله مطالبة الأب بالنقد إلا إذا سكت انتهى . وعليه فلو زفت به إليه لايحرم عليه الانتفاع به وفى عرفنا يلتزمون كثرة المهر لكثرة الجهاز وقلته لقلته ولا شك أن المعروف كالمشروط فينبغى العمل بما مر كذا فى النهر . وفيه عن قضاء البحر : هل تقدير القاضى للنفقة حكم منه ؟ قلت : نعم ، لأن طلب التقدير بشرطه دعوى فلا تسقط بمضى المدة .

ولو فرض لها كل يوم أو كل شهر هل يكون قضاء مادام النكاح ؟

قلت : ومفاده أنه يلزمه كسوتها من حين عقده عليها أو دخوله بها ؛ ومر التصريح به عن الخلاصة فتجب حالة لامؤجلة إلى مضى نصف الحول ، وإن زفت إليه بثياب فلا يلزمها استعمالها ، كما لو مضت المدة ولم تلبس ما دفعه لها فلها عليه غيره كما مر ويأتى ، وكما لو كانت تملك طعاما يكفيها أو قترت على نفسها وبقى معها دراهم مما فرض لها عليه فيجب لها غيره عليه .

مطلب فيما لو زفت إليه بلا جهاز

(قوله بلا جهاز يليق به) الضمير فى عبارة البحر عن المبتغى عائد إلى مابعثه الزوج إلى الأب من الدراهم والدنانير ؛ ثم قال : والمعتبر مايتخذ للزوج لامايتخذ لها اه وقدمنا فى باب المهر أن هذا المبعوث إلى الأب يسمى فى عرف الأعاجم بالدستيمان وأنه فى الكافى وغيره فسره بالمهر المعجل ، وأن غيره فصل وقال : إن أدرج فى العقد فهو المهر المعجل حتى ملكت المرأة منع نفسها لاستيفائه فلا يملك الزوج طلب الجهاز ، لأن الشىء لايقابله عوضان وإن لم يدرج فيه ولم يعقد عليه فهو كالهبة بشرط العوض ، فله طلب الجهاز على قدر العرف والعادة أو طلب الدستيمان ، وبذلك يحصل التوفيق بين القولين (قوله فله مطالبة الأب بالنقد) أى المنقود ، وهو مابعثه إلى الأب لاعلى كونه من المهر ، بل على كونه بمقابلة مايتخذ للزوج فى الجهاز لما علمت من أنه هبة بشرط العوض فله الرجوع بها عند عدم المعوض فافهم (قوله إلا إذا سكت) أى زمانا يعرف به رضاه (قوله وعليه) أى يبتنى على ما ذكر من أن له المطالبة به لأنه يصير ملكه حين تسلمه بعد الزفاف (قوله فينبغى العمل بما مر) أى من أنه لايحرم الانتفاع به بلا إذنها .

وأما ماذكره صاحب النهر هناك عن البزازية من أن الصحيح أنه لايرجع على الأب بشىء لأن المال فى النكاح غير مقصود اه فهو مبنى على أن ذلك المعجل أدرك فى العقد بدليل التعليل بأن المال وهو الجهاز غير مقصود فى النكاح لأن المهر يجعل بدلا عن البضع وحده .

لايقال : إنه وإن أدرج فى العقد يعتبر بدلا عن الجهاز أيضا بحكم العرف فصار المعقود عليه كلامنهما . لأنا نقول يلزم منه فساد التسمية لعدم العلم بما يخص كل واحد منهما . وأيضا حيث صرح بجعله مهرا وهو بدل البضع لايعتبر المعنى ، على أن هذا العرف غير معروف فى زماننا ، فإن كل أحد يعلم أن الجهاز ملك المرأة وأنه إذا طلقها تأخذه كله ، وإذا ماتت يورث عنها ولا يختص بشىء منه وإنما المعروف أنه يزيد فى المهر لتأتى بجهاز كثير ليزين به بيته وينتفع به بإذنها ويرثه هو وأولاده إذا ماتت ، كما يزيد فى مهر الغنية لأجل ذلك لا ليكون الجهاز كله أو بعضه ملكاله ولا ليملك الانتفاع به وإن لم تأذن فافهم (قوله هل تقدير القاضى) أى من غير قوله حكمت بذلك ط . والظاهر أنه بالدال هنا وفيما بعده من المواضع ويصحح بالراء ، وكان ينبغى ذكر هذه المسائل عند قول المصنف الآتى والنفقة لاتصير دينا إلا بالقضاء أو الرضا (قوله بشرطه) هو شكوى المطل ، وحضور الزوج ، وكونه غير صاحب مائدة ط (قوله فلا تسقط) أى النفقة ، وهذا تفريع على كونه حكما ح (قوله هل يكون قضاء الخ) قال

قلت : نعم إلا المانع ، ولذا قالوا الإبراء قبل الفرض باطل وبعده يصح مما مضى ومن شهر مستقبل ، حتى لو شرط فى العقد أن النفقة تكون من غير تقدير والكسوة كسوة الشتاء والصيف لم يلزم فلها بعد ذلك طلب التقدير فيهما . ولو حكم بموجب العقد مالكى يرى ذلك فللحنفى تقديرها لعدم الدعوى والحادثة .

فى البحر : ومسألة الإبراء أى الآتية قريبا تدل على أن الفرض فى الشهر الأول منجز وفيما بعده مضاف فيتنجز بدخوله وهكذا اه (قوله إلا المانع) كنشوزها فتسقط فى مدته كما مر ، وكتغير السعر غلاء أو رخصا فتنقص أو تزاد (قوله ولذا) أى لما علم مما سبق أن النفقة تصير دينا بالقضاء ولا تسقط بمضى المدة ط (قوله قبل الفرض) يشمل الفرض بالقضاء أو بالرضا ، وقوله باطل لأنها لا تصير دينا بدون الفرض المذكور ، فليس فى كلامه قصور فافهم .

مطلب فى الإبراء عن النفقة

[تنبيه] يستثنى من ذلك مالو خالعها على أن تبرئه من نفقة العدة كما قدمناه فى بابه ، لأنه إبراء بعوض وهو استيفاء قبل الوجوب فيجوز ، أما الأول فهو إسقاط للشىء قبل وجوبه فلا يجوز كما فى الفتح (قوله ومن شهر مستقبل) أى إذا كانت مفروضة بالأشهر ، فلو بالأيام يبرأ من نفقة يوم مستقبل ، وكذا لو بالسنين يبرأ عن نفقة سنة مستقبلة كما هو ظاهر . والظاهر أن المراد بالمستقبل مادخل أوله لأنه إنما يتنجز بدخوله كما علمته آنفا ، و قبل دخول حكمه حكم مابعده من الأشهر المستقبلة ، ويؤيده مافى البحر : وكذا لو قالت أبرأتك عن نفقة سنة لم يبرأ إلا من نفقة شهر واحد ، لأن القاضى لما فرض نفقة كل شهر فإنما فرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر ؛ فما لم يتجدد الشهر لايتجدد الفرض ومالم يتجدد الفرض لاتصير نفقة الشهر الثانى واجبة الخ .

وحاصله أن النفقة تفرض لمعنى الحاجة المتجددة ، فإذا فرضت كل شهر كذا صارت الحاجة متجددة بتجدد كل شهر ، فقبل تجدده لايتجدد الفرض فلم تجب النفقة قبله ، ولا يصح الإبراء عما لم يجب ، ومقتضاه أنه لو فرضها كل سنة كذا صح الإبراء عن سنة دخلت لاعن أكثر ولا عن سنة لم تدخل ، هذا ماظهر لى فتدبره (قوله حتى لو شرط) تفريع على مفهوم كون تقدير القاضى النفقة حكما منه اه ح ، والمفهوم هو كونها بدون تقدير القاضى لا تكون لازمة ، وفيه أنها تلزم بالتراضى على قدر معلوم وتصير به دينا فى ذمة الزوج فيتعين كونه تفريعا على مفهوم قوله الإبراء قبل الفرض باطل ، وقد علمت أن الفرض شامل للقضاء والرضا ، لأن الفرض معناه التقدير وهو حاصل بكل منهما ، ومفهوم أنها قبل الفرض المذكور لا تكون لازمة لأن الشرط المذكور ليس فيه تقدير كما يظهر قريبا فافهم (قوله تكون من غير تقدير) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها تموين بدل تكون ، فقوله من غير تقدير تفسير للتموين (قوله والكسوة كسوة الشتاء والصيف) أى يأتيها بالكسوة الواجبة فى كل نصف حول ، بأن يأتيها بها ثيابا بلا تقويم وتقدير بدراهم بدل الثياب فافهم (قوله لم يلزم الخ) كذا ذكره فى البحر بحثا .

ووجهه أن ذلك الشرط وعدمه سواء ، لأن ذلك هو الواجب عليه بنفس العقد سواء شرطه أولا ، وإنما يعدل إلى التقدير بشىء معين بالصلح والتراضى أو بقضاء القاضى إذا ظهر له مطله ، فتصير النفقة بذلك لازمة عليه ودينا بذمته حتى لاتسقط بمضى المدة ويصح الإبراء عنها وقبل ذلك لاتصير كذلك كما علمت (قوله فلها بعد ذلك الخ) أى بعد ماذكر من الشرط طلب التقدير فى النفقة والكسوة من الزوج أو القاضى بشرطه المار (قوله ولو حكم بموجب العقد مالكى الخ) أى لو ترافعا إلى مالكى بعد المنازعة فى صحة العقد فقال حكمت بصحته وصحة شروطه

بقى لو حكم الحنفى بفرضها دراهم هل للشافعى بعده أن يحكم بالتموين ؟ قال الشيخ قاسم فى موجبات الأحكام: لا ، وعليه فلو حكم الشافعى بالتموين ليس للحنفى الحكم بخلافه فليحفظ ، نعم لو اتفقا بعد الفرض على أن تأكل معه تموينا بطل الفرض السابق لرضاها بذلك .

وفى السراجية : قدر كسوتها دراهم ورضيت وقضى به هل لها أن ترجع وتطالب كسوة قماشا ؟ أجاب نعم ، وقالوا : مابقى من النفقة لها فيقضى بأخرى ، بخلاف إسراف وسرقة وهلاك ونفقة محرم وكسوة ، إلا إذا تخرقت

وبموجبه : أى بما يستوجبه العقد ويقتضيه من لزوم المهر ولزم تسليمها نفسها ونحوه صح الحكم ، لكن للحنفى تقدير النفقة دراهم وإن كان مذهب المالكى لزوم الشرط بالتموين ،لأن ذلك لم يصح حكم المالكى فيه إذ لابد فى صحة الحكم من الدعوى والحادثة : أى ترافعهما لديه فى الحادثة التى يحكم بها ، ولم يقع بينهما تنازع فى صحة اشتراط التموين حتى يصح حكمه به وإن قال حكمت بشروطه وموجبه ، إذ ليس لزوم اشتراط التموين من موجبات العقد اللازمة له فللحنفى الحكم بخلافه (قوله بقى او حكم الحنفى) أى حكما مستوفيا شرائطه كما مر (قوله لا) أى ليس للشافعى الحكم بالتموين ، لأن فيه إبطال قضاء الحنفى ط (قوله وعليه الخ) هذا بحث لصاحب النهر ط (قوله فلو حكم الشافعى بالتوين) بأن ترافعا إليه وطلبت منه التقدير وأبى ولم يظهر للقاضى مطله فحكم لها بالتموين لم يكن للحنفى نقضه .

قلت : إلا أن يظهر بعد ذلك مطله ، فيفرضها دراهم لكون ذلك حادثة أخرى غير التى حكم بها الشافعى (قوله بطل الفرض السابق) أى الفرض الحاصل بالقضاء أو بالرضا (قوله لرضاها بذلك)لأن الفرض كان حقها لكونه أنفع لها فإن النفقة تصير به دينا فى ذمته فلا تسقط بالمضى ، فإذا اتفقا على التموين فى المستقبل يكون إعراضا عن الفرض السابق ، وهذه المسألة ذكرها فى البحر بحثا وقال إنها كثيرة الوقوع ، وقد أخذها مما فى الذخيرة : لو صالحته على ثلاثة دراهم كل شهر قبل التقدير بالقضاء أو الرضا أو بعده كان تقديرا للنفقة ، فتجوز الزيادة عليه لو قالت لايكفينى ، والنقصان عنه لو قال لا أطيقه وعلم القاضى صدقه بالسؤال عنه وإلا لا ، لأن التزامه ذلك باختياره دليل قدرته عليه ولو صالحته على نحو ثوب أو عبد مما لايصح للقاضى أن يفرضه فى النفقة ، فإن كان قبل التقدير بالقضاء أو الرضا كان تقديرا أيضا ، وإن كان بعده كان معاوضة فلا تجوز الزيادة عليه ولا النقصان اهـ ملخصا . قال فى البحر : وعلم منه أن تراضيهما على مايصلح للنفقة مبطل لفرض القاضى ، فيستفاد منه أنهما لو اتفقا الخ (قوله وفى السراجية الخ) أى فتاوى سراج الدين قارىء الهداية وهذا مخالف لما قاله الشيخ قاسم ، وكون ذاك مفروضا فى النفقة وهذا فى الكسوة لايجدى نفعا فى الفرق تأمل .

وقد يجاب بأن ذاك فى فرض القاضى وهذا فى التراضى بدليل قوله ورضيت ، وقوله وقضى به لم يرد به القضاء الحقيقى بل الصورى لأن التقدير صح بتراضيهما قبل القضاء ، وأيضا فان شرط القضاء ظهور المطل وبمجرد التراضى لم يظهر مطل ، وحينئذ فرجوعها وطلب الكسوة قماشا ليس فيه إبطال قضاء سابق بل فيه إعراض عن حقها لكون التقدير برضاهما أنفع لها كما مر فى فرض القاضى ، ويظهر من هذا أن قوله السابق لو اتفقا الخ غير قيد بل يكفى طلبها . ويظهر منه أيضا أنه لا فرق بين كون طلبها بعد الفرض والتقدير بالقضاء أو الرضا ولذا ذكر ما فى السراجية عقب قوله لو اتفقا الخ ، لكن يشكل على هذا مامر عن الشيخ قاسم فإنه إذا لم يصح حكم الشافعى بالتموين بعد حكم الحنفى بالتقدير بالدراهم فعدم صحة طلبها بدون حكم يكون بالأولى فليتأمل (قوله وقالوا الخ) الأصل أن القاضى إذا ظهر له الخطأ فى التقدير يرده وإلا فلا فلوقدر لها عشرة دراهم نفقة شهر فمضى

بالاستعمال المعتاد أو استعملت معها أخرى فيفرض أخرى (و) تجب (لخادمها المملوك) لها على الظاهر ملكا تاما ولا شغل له غير خدمتها بالفعل ، فلو لم يكن فى ملكها أو لم يخدمها لانفقة له ، لأن نفقة الخادم بإزاء الخدمة ،

الشهر وبقى منها شىء يفرض لها عشرة أخرى إذا لم يظهر خطؤه فى التقدير بيقين لجواز أنها قترت على نفسها فيبقى التقدير معتبرا فيقضى لها بأخرى ، بخلاف ما إذا أسرفت فيها أو سرقت أو هلكت قبل مضى الوقت لايقضى بأخرى مالم يمضى الوقت لعدم ظهور الخطا ، بخلاف نفقة المحرم وكذا كسوته فإنه إذا مضى الوقت وبقى شىء لايقضى بأخرى لأنها فى حقه باعتبار الحاجة ، ولذا لوضاعت منه يفرض له أخرى ، وفى حق المرأة معاوضة عن الاحتباس. وبخلاف كسوة المرأة فإنها لايقضى لها بأخرى إلا إذا تخرقت قبل مضى المدة بالاستعمال المعتاد فيقضى لها بأخرى قبل تمام المدة لظهور خطئه فى التقدير حيث وقت وقتا لا تبقى معه الكسوة ، وإلا إذا مضت المدة وهى باقية لكونها استعملت أخرى معها فيقضى لها بأخرى أيضا لعدم ظهور الخطإ ، ومثله ما إذا لم تستعملها أصلا وسكت عنه الشارح لعلمه بالأولى ، وفهم من كلامه أنها إذا تخرقت قبل مضى المدة باستعمال غير معتاد لايقضى بأخرى ما لم تمض المدة لعدم ظهور الخطا فى التقدير ، وأنها إذا بقيت فى المدة مع استعمالها وحدها فكذلك لايقضى لها بأخرى ما لم تتخرق لظهور خطئه حيث وقت وقتا تبقى الكسوة بعده ، وتمام الكلام فى البحر عن الذخيرة :

مطلب فى نفقة خادم المرأة

(قوله وتجب لخادمها المملوك لها) لأن كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها إذ لا بد لها منه هداية ، ويعلم منه أنها إذا مرضت وجب عليه إخدامها ولو كانت أمة ، وبه صرح الشافعية ، وهو مقتضى قواعد مذهبنا ؛ ولم أره صريحا وإن علم من كلامهم رملى :

قلت : هذا ظاهر على خلاف الظاهر : ففى البحر : قيل هو أى الخادم كل من يخدمها حرا كان أو عبدا ملكا لها أو له أو لهما أو لغيرهما ، وظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة كما فى الذخيرة أنه مملوكها ، فلو لم يكن لها خادم لا يفرض عليه نفقة خادم لأنها بسبب الملك ، فإذا لم يكن فى ملكها لا تلزمه نفقته اه :

ثم قال : وبهذا علم أنه إذا لم يكن لها خادم مملوك لا يلزمه كراء غلام يخدمها ، لكن يلزمه أن يشترى لها ما تحتاجه من السوق كما صرح به في السراجية اه . إلا أن يقال : هذا فى غير المريضة ، لأنه إذا اشترى لها ماتحتاجه تستغنى عنه ، بخلاف المريضة إذا لم تجد من يمرضها فيكون من تمام الكفاية الواجبة على الزوج . نعم إذا طلبته ليقوم عنها فى الطبخ ونحوه ، فقد مر أنها إذا لم تفعل يأتيها بمن يكفيها ذلك إذا كانت ممن لا تخدم أو لاتقدر ، وكذا إذا كان لخدمة أولاده كما يأتى (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية كما علمت (قوله ملكا تاما) احترز به عن الزوجة المكاتبة إذا كان لها مملوك فإن نفقته لا تجب على زوجها كما في المنح أخذا من تقييد الزيلعى وغيره بالحرة .

بقى لو كانت الزوجة حرة وكاتبت أمتها ، فالظاهر أن نفقتها على الزوج إن لم تشتغل عن خدمتها لأن التقييد بالحرة لا يلزم منه إخراج أمتها المكاتبة فافهم (قوله بالفعل) ليس المراد أنه إنما يستحق النفقة فى حال تلبسه بالخدمة دون ما قبل الشروع فيها أو بعد الفراغ منها إذ لايتوهمه أحد ، وإنما المراد الاحتراز عما إذا لم يخدمها وإن كان لا شغل له غير خدمتها ولذا قال فى الدر المنتقى : فلو لم يكن فى ملكها أو كان له شغل غير خدمتها أو لم يكن له شغل لكن لم يخدمها فلا نفقة له اه فقد فرع على القيود الثلاثة :

ولو جاءها بخادم لم يقبل منه إلا برضاها فلا يملك إخراج خادمها بل مازاد عليه بحر بحثا (لو) حرة لاأمة جوهرة لعدم ملكها (موسرا) لامعسرا فى الأصح والقول له فى العسار ، ولو برهنا فبينتها أولى خانية (ولو له أولاد لايكفيه خادم واحد فرض عليه) نفقة (لخادمين أو أكثر اتفاقا) فتح :

وعن الثانى : غنية زفت إليه بخدم كثير استحقت نفقة الجميع ذكره المصنف . ثم قال : وفى البحر عن الغاية وبه نأخذ . قال : وفى السراجية : ويفرض عليه نفقة خادمها ، وإن كانت من الأشراف فرض نفقة خادمين ،

وفى البحر عن الذخيرة : نفقة الخادم إنما تجب عليه بازاء الخدمة ، فإذا امتنعت عن الطبخ والخبز وأعمال البيت لم تجب ، بخلاف نفقة المرأة فإنها بمقابلة الاحتباس اه فافهم (قوله ولو جاءها بخادم الخ) أى قاصدا إخراج خادمها من بيته فلا يملك ذلك فى الصحيح خانية ، لأنها قد لا تتهيأ لها الخدمة بخادم الزوج ولوالجية .

قال فى النهر : وينبغى أن يقيد بما إذا لم يتضرر من خادمها أما إذا تضرر منه بأن كان يختلس من ثمن مايشتريه كما هو دأب صغار العبيد فى ديارنا ولم تستبدل به غيره وجاءها بخادم أمين فإنه لايتوقف على رضاها اه . وفيه أنه يمكن الزوج تعاطى الشراء بخادمة لأنه من الواجب عليه وليس ذلك من خدمتها الخاصة بها والكلام فيما يتعلق بها ط ، نعم لو كان خادمها يختلس أمتعة بيته يمكن أن يكون عذرا للزوج فى إخراجه (قوله بحر بحثا) راجع لقوله بل ما زاد . وعبارته : وظاهره أى ظاهر قولهم لا يملك إخراج خادمها أنه يملك إخراج ما عدا خادم واحد من بيته لأنه زائد على قولهما اه . أما على قول أبى يوسف الآتى فلا (قوله او حرة) لا حاجة إليه بعد قول المتن المملوك كما صرح به المصنف فى المنح أفاده ح وأشار إليه الشارح بقوله لعدم ملكها (قوله موسرا) منصوب على أنه خبر كان المقدرة بعد لو ، وعلى حل الشارح صار منصوبا على الحالية من الزوج فى قول المصنف أول الباب فتجب للزوجة على زوجها فإن قوله هنا ولخادمها معطوف على قوله للزوجة فافهم . قال فى البحر : وفى غاية البيان : واليسار مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة اه .

وفى الذخيرة : ولاتقدر نفقة الخادم بالدراهم على ماذكرنا فى نفقة المرأة بل يفرض له ما يكفيه بالمعروف ولكن لاتبلغ نفقته نفقتها لأنه تبع لها فتنقص نفقته عنها فى الإدام ، وما ذكره محمد فى الكتاب من ثياب الخادم فهو بناء على عاداتهم وذلك يختلف فى كل وقت ؛ فعلى القاضى اعتبار الكفاية فيما يفرض له فى كل وقت ومكان اه ملخصا (قوله فى الأصح) خلافا لما يقوله محمد من أنه يفرض لخادمها ولو كان الزوج معسرا ، وتمامه فى الفتح والبحر (قوله والقول له فى العسار) لأنه متمسك بالأصل منح » ولأنه منكر لسبب الوجوب : قال فى البحر : إلا أن تقيم المرأة البينة ، ويشترط فى هذا الخبر العدد والعدالة لالفظ الشهادة . وفى القهستانى : العسار اسم من الإعسار أى الافتقار يستعمله بعض أهل العلم إلا أنه غير مسموع كما فى الطلبة ، وقال المطرزى : إنه خطأ محض ، وكأنهم ارتكبوها لمزاوجة اليسار (قوله لا يكفيه) عبارة الفتح لا يكفيهم (قوله فرض عليه لخادمين أو أكثر) ظاهره أن الخدم لها أى لا يلزمه نفقة أكثر من خادم لها إلا إذا احتاجهم لأولاده ، لأنها لو لم يكن لها خدم واحتاج أولاده إلى أكثر من خادم يلزمه لأن ذلك من جملة نفقتهم كما لا يخفى (قوله وعن الثانى) أى أبى يوسف ، أشار إلى أن هذا رواية عن أبى يوسف ، لأن المنقول عنه فى الهداية وغيرها أنه يفرض لخادمين لاحتياج أحدهما لمصالح الداخل والآخر لمصالح الخارج (قوله زفت إليه) أشار إلى أن المعتبر حالها فى بيت أبيها لاحالها الطارئ عليها فى بيت الزوج تأمل ، رملى (قوله ثم قال وفى البحر الخ) عبارة البحر هكذا قال الطحاوى :

وعليه الفتوى (ولا يفرق بينهما بعجزه عنها) بأنواعها الثلاثة (ولا بعدم إيفائه) لو غائبا (حقها ولو موسرا) وجوّزه الشافعى بإعسار الزوج وبتضررها بغيبته ، ولو قضى به حنفى لم ينفذ ، نعم لو أمر شافعيا فقضى به نفذ

وروى صاحب الإملاء عن أبى يوسف أن المرأة إذا كانت ممن يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد أنفق على من لا بد لها منه من الخدم ممن هو أكثر من الخادم الواحد أو الاثنين أو أكثر من ذلك ، قال وبه نأخذ ، كذا فى غاية البيان .

وفى الظهيرية والولوالجية : المرأة إذا كانت من بنات الأشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين اه . فالحاصل أن المذهب الاقتصار على واحد مطلقا ، والمأخوذ به عند المشايخ قول أبى يوسف اه .

مطلب فى فسخ النكاح بالعجز عن النفقة و بالغيبة

(قوله ولا يفرق بينهما بعجزه عنها) أى غائبا كان أو حاضرا (قوله بأنواعها) وهى مأكول وملبوس ومسكن ح (قوله حقها) أى من النفقة وهو منصوب مفعول المصدر وهو إيفاء (قوله ولو موسرا) المناسب ولو معسرا لأنه إشارة إلى خلاف الشافعى رحمه الله ، والأصح عنده عدم الفسخ بمنع الموسر حقها كمذهبنا (قوله بإعسار الزوج) مقابل قوله ولا يفرق بينهما بعجزه ط (قوله وبتضررها بغيبته) أى تضرر المرأة بعدم وصول النفقة بسبب غيبته . وفى بعض النسخ : وبتعذرها بغيبته : أى تعذر النفقة وهى أظهر ، وهذا مقابل قوله ولا بعدم إيفائه حقها .

والحاصل أن عند الشافعى إذا أعسر الزوج بالنفقة فلها الفسخ ، وكذا إذا غاب وتعذر تحصيلها منه على ما اختاره كثيرون منهم ، لكن الأصح المعتمد عندهم أن لا فسخ مادام موسرا وإن انقطع خبره وتعذر استيفاء النفقة من ماله كما صرح به فى الأم . قال فى التحفة بعد نقله ذلك : فجزم شيخنا فى شرح منهجه بالفسخ فى منقطع خبر لا مال له حاضر مخالف للمنقول كما علمت ، ولا فسخ بغيبة من جهل حاله يسارا وإعسارا بل لو شهدت بينة أنه غاب معسرا فلا فسخ مالم تشهد بإعساره الآن وإن علم استنادها للاستصحاب أو ذكرته تقوية لا شكا كما يأتى اه (قوله نعم لو أمر شافعيا) أى بشرط أن يكون مأذونا له بالاستنابة خانية .

قال فى غرر الأذكار : ثم اعلم أن مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضى الحنفى نائبا ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضرا وأبى عن الطلاق ، لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة ، إذ الظاهر أنها لا تجد من يقرضها وغنى الزوج مآلا أمر متوهم ، فالتفريق ضرورى إذا طلبته ، وإن كان غائبا لا يفرق لأن عجزه غير معلوم حال غيبته ، وإن قضى بالتفريق لا ينفذ قضاؤه لأنه ليس فى مجتهد فيه لأن العجز لم يثبت اه .

ونقل فى البحر اختلاف المشايخ وأن الصحيح كما فى الذخيرة عدم النفاذ لظهور مجازفة الشهود كما فى العمادية والفتح . وذكر فى قضاء الأشباه فى المسائل التى لا ينفذ فيها قضاء القاضى أن منها التفريق للعجز عن الإنفاق غائبا على الصحيح لا حاضرا اه .

والحاصل أن التفريق بالعجز عن النفقة جائز عند الشافعى حال حضرة الزوج وكذا حال غيبته مطلقا أو مالم تشهد بينة بإعساره الآن كما علمت مما نقلناه عن التحفة ، والحالة الأولى جعلها مشايخنا حكما مجتهدا فيه فينفذ فيه القضاء دون الثانية ، وبه تعلم ما فى كلام الشارح حيث جزم بالنفاذ فيهما فإنه مبنى على خلاف الصحيح المارّ عن الذخيرة .

إذا لم يرتش الآمر والمأمور بحر (و) بعد الفرض (يأمرها القاضي بالاستدانة) لتحيل (عليه) وإن أبى الزوج ،

وذكر فى الفتح أنه يمكن الفسخ بغير طريق إثبات عجزه بل بمعنى فقده ، وهو أن تتعذر النفقة عليها ، ورده فى البحر بأنه ليس مذهب الشافعي .

قلت : ويؤيده ماقدمناه عن التحفة حيث رد على شرح المنهج بأنه خلاف المنقول ، فعلى هذا مايقع فى زماننا من فسخ القاضي الشافعي بالغيبة لا يصح ، وليس للحنفى تنفيذه سواء بنى على إثبات الفقر أو على عجز المرأة عن تحصيل النفقة منه بسبب غيبته ، فليتنبه لذلك ، نعم يصح الثانى عند أحمد كما ذكر فى كتب مذهبه ، وعليه يحمل مافى فتاوى قارئ الهداية حيث سأل عمن غاب زوجها ولم يترك لها نفقة . فأجاب : إذا أقامت بينة على ذلك وطلبت فسخ النكاح من قاض يراه ففسخ نفذ وهو قضاء على الغائب ، وفى نفاذ القضاء على الغائب روايتان عندنا ، فعلى القول بنفاذه يسوغ للحنفى أن يزوجها من الغير بعد العدة ، وإذا حضر الزوج الأول وبرهن على خلاف ما ادعت من تركها بلا نفقة لاتقبل بينته لأن البينة الأولى ترجحت بالقضاء فلا تبطل بالثانية اهـ . وأجاب عن نظيره فى موضع آخر بأنه إذا فسخ النكاح حاكم يرى ذلك ونفذ فسخه قاض آخر وتزوجت غيره صح الفسخ والتنفيذ والتزوج بالغير ، ولا يرتفع بحضور الزوج وادعائه أنه ترك عندها نفقة فى مدة غيبته الخ ، فقوله من قاض يراه لايصح أن يراد به الشافعي فضلا عن الحنفى ، بل يراد به الحنبلى فافهم (قوله إذا لم يرتش الآمر والمأمور) أما الأول فلأن نصب القاضي بالرشوة لا يصح ، وأما الثانى فلأن حكمه بها لايصح ، ولو صح نصبه ، وعليه فالمناسب العطف بأو .

مطلب فى الأمر بالاستدانة على الزوج

(قوله وبعد الفرض) أشار إلى أن فى عبارة المصنف كلاما مطويا بعد قوله ولايفرق بينهما بعجزه عنها الخ تقديره بل يفرض لها النفقة عليه ويأمرها بالاستدانة ، لكن الفرض يظهر فيما لو كان المعسر عن النفقة حاضرا ، لأن الغائب إذا لم يكن له مال حاضر لايفرض لها نفقة عليه كما فى الحاكم ، وسيذكره المصنف بعد ، نعم سيذكر أن المفتى به قول زفر فافهم (قوله بالاستدانة) ذكر الخصاف وتبعه الشارحون أنها الشراء بالنسيئة لتقضى الثمن من مال الزوج . وفى المجتبى أنها الاستقراض بحر . ونقل القهستانى عن صدر الشريعة : قال : وإليه يشير كلام المغرب اهـ . وفى اليعقوبية أنه الأولى كما لايخفى . قال فى الدر المنتقى ، لكن التوكيل بالاستقراض لايصح على الأصح فالأصح الأول اهـ ومثله فى الحموى عن البرجندى .

قلت : الثانى أيسر على المرأة لأنها قد لاتجد من يبيعها بالنسيئة ماتحتاجه فى كل يوم ، بخلاف الاستقراض لنفقة شهر مثلا ، ويأتى قريبا الجواب عن الإيراد .

[تنبيه] فى قضاء الحاوى الزاهدى : فإن لم تجد من تستدين منه عليه اكتسبت وأنفقت وجعلته دينا عليه بأمر القاضي ، وإن لم تقدر على الاكتساب لها السؤال ليومها وتجعل مسئولها دينا عليه أيضا بأمره به (قوله لتحيل عليه الخ) اعلم أنهم قالوا : إن للمرأة حق الرجوع على الزوج بالنفقة بعد فرض القاضي سواء أكلت من مالها أو استدانتها بأمر القاضي أو بدونه ، ولكن فائدة الأمر بالاستدانة عدم سقوطها بموت أحدهما كما سيذكره المصنف بقوله : وبموت أحدهما وطلاقها يسقط المفروض إلا إذا استدانت بأمر قاض ، وأشار الشارح إلى فائدة أخرى وهى مافى تجريد القدورى والهداية ، من أن فائدة الأمر بها أن تحيل الغريم على الزوج وإن لم يرض الزوج

أما بدون الأمر فيرجع عليها وهى عليه إن صرحت بأنها عليه أو نوت ، ولو أنكر نيتها فالقول له مجتبى ، وتجب الإدانة على من تجب عليه نفقتها ونفقة الصغار لولا الزوج كأخ وعم ، ويحبس الأخ ونحوه إذا امتنع لأن هذا من المعروف زيلعى واختيار ، وسيتضح (قضى بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم) االقاضى نفقة يساره فى المستقبل

وبدون الأمر ليس لها ذلك . وذكر فى الفتح عن التحفة أن فائدته رجوع الغريم على الزوج أو على المرأة قال فى البحر وظاهره أن للغريم الرجوع عليه بلا حوالة منها ، وعلى مافى التجريد لارجوع له بلا حوالة اهـ .

قلت : الظاهر عدم المخالفة ، وأن المراد بالإحالة دلالتها الغريم على زوجها ليطالبه ، بأن تقول له إن زوجى فلان فطالبه بالدين ، إذ لايمكن إرادة حقيقة الحوالة هنا بدليل تصريحهم بأن للغريم مطالبة المرأة بها أيضا ، وأنه لايشترط رضا الزوج بالحوالة هذا .

وقد صرحوا أيضا بأن الاستدانة بأمر القاضى إيجاب الدين على الزوج ، لأن للقاضى ولاية كاملة عليه فلذا كان للغريم أن يرجع عليه وبدون الأمر بها لايرجع عليه بل عليها وهى ترجع على الزوج ، فقد ظهر من هذا أن الاستدانة بالأمر تقع لها ، ويجب بها الدين على الزوج بسبب ولاية القاضى عليه لا بطريق الوكالة عن الزوج ، وبه اندفع مامر من أن التوكل بالاستقراض لايصح فافهم (قوله إن صرحت الخ) لايصح جعله قيدا لقوله وهى عليه ، لأن رجوع المرأة على الزوج ثابت لها قبل الأمر بالاستدانة كما علمته ، بل هو قيد لقوله لتحيل عليه .

وعبارة المجتبى : فإذا استدانت هل تصرح بأنى أستدين على زوجى أو تنوى ؟ أما إذا صرحت فظاهر ، وكذا إذا نوت ، وإذا لم تصرح ولم تنو لايكون استدانة عليه ؛ ولو ادعت أنها نوت الاستدانة عليه وأنكر الزوج فالقول له اهـ .

قلت : وفائدة إنكاره عدم رجوع الغريم عليه بل يرجع عليها وهى ترجع عليه وإنها تسقط بموت أحدهما أو طلاقها كما علم مما مر . والظاهر أنه لايمين على الزوج إذ كيف يحلف على عدم نيتها ولذا لم يقيد باليمين ، خلافا لما نقله الرحمتى من التقييد به فإنى لم أره فى المجتبى ولا فى البحر (قوله وتجب الإدانة الخ) قال فى الاختيار : المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر أو أخ موسر فنفقتها على زوجها ، ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ، ويحبس الابن أو الأخ إذا امتنع ، لأن هذا من المعروف .

قال الزيلعى : فتبين بهذا أن الإدانة لنفقتها إذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على من كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج ، وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على إنفاقهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأم والأخ والعم ثم يرجع به على الأب إذا أيسر ، بخلاف نفقة أولاده الكبار حيث لا يرجع عليه بعد اليسار لأنها لاتجب مع الإعسار فكان كالميت اهـ وأقره عليه فى فتح القدير بحر .

قلت : ومقتضاه أنه لافرق بين الأم وغيرها فى ثبوت الرجوع على الأب مع أنه سيذكر قبيل الفروع أنه لارجوع فى الصحيح إلا للأم ، وفيه كلام سنذكره هناك (قوله كأخ وعم) يصح رجوعه لكل من الزوجة والصغار اهـ ح أى كأن يكون لها أخ أو عم ولأولادها أخ من غيرها أو عم فتستدين لنفسها من أخيها أو عمها ولأولادها من أخيهم أو عمهم ، وظاهره أنه لايقدم الأخ على العم هنا تأمل (قوله وسيتضح) أى فى الفروع (قوله ثم أيسر) أى الزوج كما فسره فى المنح . والأولى أن يقول ثم أيسر أحدهما ح . قلت : ومثله مالو أيسرا (قوله فخاصمته) إذ لا تقدير بدون طلبها (قوله تمم) أى القاضى نفقة يساره : أى يسار الزوج الذى امرأته فقيرة وهى الوسط . ولو قال وجب الوسط كما قال فيما بعده لكان أوضح ح (قوله فى المستقبل) أما الماضى قبل المخاصمة فقد رضيت به ولو بعد عروض

(وبالعكس وجب الوسط) كما مر .

(صالحت زوجها عن نفقة كل شهر على دراهم ثم) قالت لاتكفيني زيدت ، ولو (قال الزوج لأطيق ذلك فهو لازم) فلا التفات لمقالته بكل حال (إلا إذا تغير سعر الطعام وعلم) القاضي (أن مادون ذلك) المصالح عليه (يكفيها) فحينئذ يفرض كفايتها ، نقله المصنف عن الخانية . وفى البحر عن الذخيرة إلا أن يتعرف القاضي عن حاله بالسؤال من الناس فيوجب بقدر طاقته .

وفى الظهيرية صالحها عن نفقة كل شهر على مائة درهم والزوج محتاج لم يلزمه إلا نفقة مثلها .

اليسار (قوله وبالعكس) بأن قضى بنفقة اليسار لكونهما موسرين ثم أعسر الزوج على ماقال أو ثم أعسر أحدهما على ماهو الأولى؛ ولو قال قضى بنفقة الإعسار ثم أيسر أحدهما أو بالعكس وجب الوسط لكان أوضح وأخصر اهـ (قوله كما مر) فى قوله بقدر حالهما ح .

مطلب فى الصلح عن النفقة

(قوله صالحت زوجها الخ) قدمنا عند قوله لرضاها بذلك عن الذخيرة أن الصلح على النفقة تارة يكون تقديرا للنفقة كالصلح على نحو الدراهم قبل تقدير النفقة بالقضاء أو الرضا أو بعده ، فتجوز الزيادة عليه والنقصان عنه : أى بالغلاء أو الرخص ، وتارة يكون معاوضة كالصلح على نحو عبد إن كان بعد تقديرها بما ذكر فلا تجوز الزيادة ولا النقصان ، ولو قبل التقدير فهو تقدير فكلامه هنا محمول على ما إذا لم يكن معاوضة ، ولذا قيد بقوله على دراهم (قوله زيدت) أى يسمع القاضي دعواها ويزيد لها إذا كانت لاتكفيها؛ لما فى كافى الحاكم : صالحت المرأة زوجها على نفقة لاتكفيها فلها أن ترجع عنه وتطالب بالكفاية اهـ (قوله فلا التفات لمقالته) فإنه التزمه باختياره وذلك دليل على كونه قادرا على أداء ماالتزم فيلزمه جميع ذلك إلا أن يتعرف القاضي عن حاله بالسؤال من الناس فإذا أخبروه أنه لايطيق ذلك نقص عنه وأوجب على قدر طاقته ذخيرة .

وحاصله أنه لايقبل قوله لتناقضه مالم يظهر للقاضي حاله ، بخلاف المرأة فإنه لاتناقض منها فإنها غير ملتزمة لأن لها الرجوع عن الصلح كما مر الكلام فيه ، فحيث لم تكن متناقضة تسمع دعواها على الزوج بعدم الكفاية فإن أقر بذلك ألزمه بالزيادة ، وإن أنكر حلفه أو طلب منها بينة ولا يفعل كذلك فى دعوى الزوج لعدم سماعها هذا ماظهر لى فى بيانه فافهم .

هذا، وأما مافى الذخيرة من أن القاضي لو فرض لها مالا يكفيها فلها أن ترجع لأنه ظهر خطؤه فعليه التدارك بالقضاء بما يكفيها ، وكذلك لو فرض على الزوج زيادة على الكفاية فله الامتناع عنها اهـ . فلا يرد على مامر ، لأن هذا فى القضاء بطريق الإلزام على الزوج فلم يظهر فيه التناقض منه ، بخلاف الصلح برضاه ، وقد خفى هذا على غير واحد فافهم (قوله بكل حال) تابع فيه المصنف فى شرحه ، ولم أره لغيره مع عدم ظهور وجهه ، فالمناسب إسقاطه تأمل (قوله إلا إذا تغير سعر الطعام الخ) لأن ذلك عارض فلا يكون به متناقضا ، لأنه لم يدّع أن ذلك كان وقت الصلح بل عرض بعده ، وكذلك الحكم فى دعوى المرأة بالأولى، وكالصلح القضاء . ففى البحر عن الظهيرية : إذا فرض القاضي للمرأة النفقة فغلا الطعام أو رخص فإن القاضي يغير ذلك الحكم اهـ (قوله إلا أن يتعرف الخ) أى يطلب المعرفة ، وهذا استثناء من قوله فلا التفات لمقالته كما علمته فكان المناسب ذكره عقبه (قوله لم يلزمه إلا نفقة مثلها) لظهور أن المائة لكل شهر على الفقير المحتاج شيء كثير فى زمانهم لايتغابن فيه؛ قال فى الخلاصة : لو صالحته على أكثر من حقوقها فى النفقة والكسوة ، إن كان قدر مايتغابن الناس فى مثله

(والنفقة لاتصير دينا إلا بالقضاء أو الرضا) أى اصطلاحهما على قدر معين أصنافا أو دراهم ، فقبل ذلك لايلزمه شىء ، وبعده ترجع بما أنفقت ولو من مال نفسها بلا أمر قاض .
ولو اختلفا فى المدة

جاز وإلا فالزيادة مردودة ولا يبطل القضاء اهـ . وعليه فلو مضت مدة لاتسقط النفقة ، إذ لو بطل أصل القضاء لسقطت بالمضى وتمامه فى البحر ، وكأنه أراد بالقضاء التقدير تأمل .

مطلب لاتصير النفقة دينا إلا بالقضاء أو الرضا

(قوله والنفقة لاتصير دينا الخ) أى إذا لم ينفق عليها بأن غاب عنها أو كان حاضرا فامتنع فلا يطالب بها بل تسقط بمضى المدة .

قال فى الفتح : وذكر فى الغاية معزوا إلى الذخيرة أن نفقة مادون الشهر لاتسقط فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه ، إذ لو سقطت بمضى يسير من الزمان لما تمكنت من الأخذ أصلا اهـ ومثله فى البحر ، وكذا فى الشرنبلالية عن البرهان ووجهه فى غاية الظهور لمن تدبر فافهم .

ثم اعلم أن المراد بالنفقة نفقة الزوجة ، بخلاف نفقة القريب فإنها لاتصير دينا ولو بعد القضاء والرضا ، حتى لو مضت مدة بعدهما تسقط كما يأتى ، وسيأتى أن الزيلعى استثنى نفقة الصغير ، ويأتى تمام الكلام عليه عند قول المصنف قضى بنفقة غير الزوجة الخ (قوله إلا بالقضاء) بأن يفرضها القاضى عليه أصنافا أو دراهم أو دنانير نهر (قوله فقبل ذلك لايلزمه شىء) أى لايلزمه عما مضى قبل الفرض بالقضاء أو الرضا ولا عما يستقبل لأنه لم يجب بعد ، ولذا لايصح الإبراء عنها قبل الفرض وبعده يصح مما مضى ومن شهر مستقبل كما تقدم قبل قوله ولخادمها وأما الكفالة بها شهرا أو أكثر فصرح فى البحر هنا عن الذخيرة أنها لاتصح قبل الفرض والتراضى ، ونقل بعده عن الذخيرة أيضا مايخالفه ، وقدمنا الكلام عليه والتوفيق بين كلاميه (قوله وبعده) أى وبعد القضاء أو الرضا ترجع لأنها بعده صارت ملكا لها كما قدمناه ، ولذا قال فى الخانية : لو أكلت من مالها أو من المسألة لها الرجوع بالمفروض اهـ ؛ وكذا لو تراضيا على شىء ثم مضت مدة ترجع بها ولا تسقط . قال فى البحر : فهذا هو المراد بقولهم أو الرضا ، فأما ماتوهمه بعض حنفية العصر من أن المراد به أنه إذا مضت مدة بغير فرض ولا رضا ثم رضى الزوج بشىء فإنه يلزمه فخطأ ظاهر لايفهمه من له أدنى تأمل اهـ ومقتضاه أنه لا يلزمه شىء بهذا الرضا لكون مامضى قبله لم يجب عليه فهو التزام مالم يلزم ، وإنما يلزمه ما يمضى بعد الرضا لأنه صار واجبا به كالقضاء ، وأطلق فى الرجوع فشمل ماإذا شرط الرجوع لها أولا كما هو ظاهر المتون والشروح .

وأما مافى الخانية والظهيرية من أن القاضى إذا فرض لها النفقة فقال الزوج استقرضى كل شهر كذا وأنفقى لاترجع مالم يقل وترجعى بذلك على فلعل المراد لاترجع بما استقرضت بل بالمفروض فقط وإلا فهو غلط محض أفاده فى البحر . وأجاب المقدسى بأن التوكيل فى القرض لايصح ، وإذا شرط الرجوع يكون كالاصطلاح على هذا المقدار فترجع به ، وكذا أجاب الخير الرملى بأنه لما لم يصح الأمر بالاستقراض عليه صارت مستقرضة على نفسها متبرعة إن لم يشترط الرجوع عليه .

[تنبيه] أطلق النفقة فشمل نفقة العدة إذا لم تقبضها حتى انقضت العدة : ففى الفتح أن المختار عند الحلوانى أنها لاتسقط ، وسنذكر عن البحر أن الصحيح السقوط وأنه لابد من إصلاح المتون هنا لإطلاقها عدم السقوط وأن هذا كله فى غير المستدانة ، وسيأتى تمام الكلام فيه (قوله ولو اختلفا فى المدة) أى فى قدر مامضى منها

فالقول له والبينة عليها . ولو أنكرت إنفاقه فالقول لها بيمينها ذخيرة (وبموت أحدهما وطلاقها) ولو رجعيا ظهيرية وخانية ، واعتمد فى البحر بحثا عدم سقوطها بالطلاق ، لكن اعتمد المصنف ما فى جواهر الفتاوى والفتوى عدم سقوطها بالرجعى كى لايتخذ الناس ذلك حيلة ، واستحسنه محشى الأشباه ، وبالأول أفتى شيخنا الرملى ، لكن صحح الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية مابحثه فى البحر من عدم السقوط ولو بائنا قال وهو الأصح ورد ماذكره ابن الشحنة فيتأمل عند الفتوى (يسقط المفروض)

من وقت القضاء أو الرضا ، وكذا لو اختلفا فى قدر النفقة أو جنسها كما فى البزازية (قوله فالقول له) لأنها تدعى زيادة دين وهو ينكر ، فالقول له مع يمينه ذخيرة (قوله وبموت أحدهما وطلاقها) وكذا بنشوزها كما قدمه الشارح بقوله وتسقط به : أى بالنشوز المفروضة لا المستدانة فى الأصح كالموت اه وموت أحدهما غير قيد ، فكذا موتهما بالأولى كما لايخفى . قال الخير الرملى : وقيد السقوط بالطلاق شيخنا الشيخ محمد بن سراج الدين الحانوتى بما إذا مضى شهر يعنى فأزيد ، وهو قيد لابد منه تأمل اه (قوله واعتمد فى البحر بحثا الخ) فإنه أولا نقل السقوط بالطلاق عن النقاية والجوهرة والخانية والظهيرية والمجتبى والذخيرة ، وأن القاضى أبا على النسفى نص على أن ذلك مروى ، وأنه أفتى به الصدر الشهيد والإمام ظهير الدين المرغينانى ، وشبهه بالذمى إذا اجتمع عليه خراج رأسه ثم أسلم يسقط عنه مااجتمع عليه . ثم قال : فقد ظهر من هذا أن الراجح عندهم سقوطها بالطلاق كالموت . ثم قال بعده قال العبد الضعيف : ينبغى ضعف القول بسقوطها بالطلاق ولو بائنا لأمور ، وذكر ثلاثة اثنان منها ضعيفان ، وقال الثالث وهو أقواها مافى البدائع من الخلع لو قال : خالعتك ونوى الطلاق يقع الطلاق ولا يسقط شىء من المهر والنفقة . قال فهذا صريح فى المسألة . وفى البدائع أيضا : ولا خلاف بينهم فى الطلاق على مال أنه لايبرأ به عن سائر الحقوق التى وجبت لها بسبب النكاح اه .

فالذى يتعين المصير إليه على كل مفت وقاض اعتماد عدم السقوط خصوصا ماتضمنه القول بالسقوط من الإضرار بالنساء اه ملخصا . ورد عليه العلامة المقدسى والخير الرملى بإمكان حمل مافى البدائع من الحقوق التى لا تسقط على المهر ونفقة مادون الشهر والنفقة المستدانة بأمر ، وبأن هذه الرواية قد أفتى بها من تقدم وذكرت فى المتون كالوقاية والنقاية والإصلاح والغرر وغيرها . قال المقدسى : ولهذا توقفت كثيرا فى الفتوى بالسقوط وظفرت بنقل صريح فى تصحيح عدم السقوط فى خزانة المفتين . وفى الجواهر أنه لاينبغى أن يفتى بسقوطها بالطلاق الرجعى لئلا يتخذها الناس وسيلة لقطع حق النساء اه . والذى يتعين المصير إليه أن يقال : يتأمل عند الفتوى كما جرت به عادة المشايخ فى هذا المقام اه ملخصا (قوله لكن الخ) استدراك على إطلاق الطلاق الشامل للبائن والرجعى بتخصيص السقوط بالبائن وعدمه بالرجعى (قوله والفتوى الخ) هذه عبارة جواهر الفتاوى كما فى المنح فيكون بدلا من ما اه ح . وفى هذه العبارة مخالفة لما نقله المقدسى عنها (قوله وبالأول) أى بالسقوط بالطلاق مطلقا ح (قوله أفتى شيخنا) يعنى الخير الرملى . قال فى الخيرية بعد عزوه إلى الخلاصة والبزازية وكثير من الكتب وأفتى به الشيخ زين الدين بن نجيم ووالد شيخنا الشيخ أمين الدين ، وهى فى فتاويهما (قوله لكن صحح الشرنبلالى الخ) وعبارته : المرأة إذا طلقت وقد تجمد لها نفقة مفروضة ، قيل تسقط وهو غير المختار ، وأشار إليه المصنف : أى ابن وهبان بصيغة قيل . والأصح عدم السقوط ولو كان الطلاق بائنا لئلا يتخذ حيلة لسقوط حقوق النساء ، وماذكره الشارح أى ابن الشحنة غير التحقيق فى المسألة اه ويوافقه مافى القهستانى عن خزانة المفتين أن المفروضة لاتسقط بالطلاق على الأصح اه ط (قوله فيتأمل عند الفتوى) بأن ينظر فى حال الرجل هل فعل ذلك تخلصا

لأنها صلة (إلا إذا استدانت بأمر القاضى) فلا تسقط بموت أو طلاق فى الصحيح لما مر أنها كاستدانته بنفسه . وعبارة ابن الكمال : إلا إذا استدانت بعد فرض قاض آخر ولو بلا أمره فليحرر .

(ولا تردّ) النفقة والكسوة (المعجلة) بموت أو طلاق عجلها الزوج أو أبوه ولو قائمة ، به يفتى (يباع القن) ويسعى مدبر ومكاتب لم يعجز (المأذون فى النكاح) وبدونه يطالب بعد عتقه (فى نفقة زوجته)

من النفقة أو لسوء أخلاقها مثلا ، فإن كان الأول يلزم بها ، وإن كان الثانى لايلزم ، وهذا ماقاله المقدسى وينبغى التعويل عليه ط (قوله لأنها صلة) أى والصلات تبطل بالموت قبل القبض هداية ، وهذا التعليل لايظهر فى الطلاق وتعليله ماقدمناه من أنها كخراج رأس الذمى (قوله فى الصحيح) كذا في الزيلعى عن النهاية والبحر والنهر وغيرها ومقابله قول الخصاف بسقوطها ولو مع الأمر بالاستدانة ، وهو ظاهر الهداية . قال فى الفتح : والصحيح ماذكره الحاكم الشهيد أنها مع الأمر بالاستدانة لاتسقط بالموت ، لأن الاستدانة بأمر من له ولاية تامة عليه كالاستدانة بنفسه فلا تسقط بالموت ، وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الأمر بالإستدانة بالطلاق ، والصحيح لا تسقط اه (قوله لما مر الخ) لم يمر هذا فى كلامه ط (قوله فليحرر) أنت خبير بأنه مخالف للمتون والشروح فلا يعول عليه اهح . وقد علمت قول الخصاف بسقوط المفروضة مع الأمر بالاستدانة فكيف بدونه ؟ والظاهر أن ماذكره ابن كمال سبق قلم (قوله بموت أو طلاق) هذا عندهما . وقال محمد : يرفع عنها حصة مامضى ، ويجب رد الباقى إن كان قائما ، وقيمته إن كان مستهلكا ذخيرة .

قال فى الفتح والموت والطلاق قبل الدخول سواء . وفى نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا فيه ، قيل ترد وقيل لاتستردّ بالاتفاق ، لأن العدة قائمة فى موته ، كذا فى الأقضية اه .

قال الخير الرملى : واستفيد منه ومما فى الذخيرة جواب حادثة الفتوى : طلقها بائنا وعجل لها نفقة تسعة أشهر فأسقطت سقطا بعد عشرة أيام فانقضت بذلك عدتها هل يرجع عليها بما زاد على حصة العشرة أم لا الجواب لا يرجع عندهما لا عند محمد ، وهو القياس (قوله عجلها الزوج أو أبوه) لما فى الولوالجية وغيرها أبو الزوج إذا دفع نفقة امرأة ابنه مائة ثم طلقها الزوج ليس للأب أن يسترد ما دفع ، لأنه لو أعطاها الزوج والمسألة بحالها لم يكن له ذلك عند أبى يوسف ، وعليه الفتوى ، فكذا إذا أعطاها أبوه اه . ووجهه أنها صلة لزوجته ، ولارجوع فيما يهبه لزوجته ، والعبرة لوقت الهبة لا لوقت الرجوع ، فالزوجية من الموانع من الرجوع كالموت ودفع الأب كدفع الابن ، فلا إشكال بحر .

قلت : وظاهره أن دفع الأجنبى ليس كذلك ، ولعل وجهه أن الأب يدفع بطريق النيابة عن ابنه عادة فكان هبة من الابن فلا رجوع ، بخلاف دفع الأجنبى فتأمل .

مطلب فى بيع العبد لنفقة زوجته

(قوله يباع القن) أى يبيعه سيده ، لأنه دين تعلق فى رقبته بإذن المولى فيؤمر ببيعه ، فإن امتنع باعه القاضى بحضرته كما قدمناه عن النهر فى نكاح الرقيق . والقن عند الفقهاء من لاحرية فيه بوجه . وفى اللغة : من ملك هو وأبوه بحر (قوله ويسعى مدبر ومكاتب) لعدم صحة بيعهما ، ومثلهما ولد أم الولد ، وقوله فى البحر والنهر وأم الولد فيه سقط ، ومعتق البعض عند الإمام بمنزلة المكاتب هندية عن المحيط ، ولو اختارت استسعاء القن دون بيعه ينبغى أن لها ذلك كما قالوا فى المأذون المديون إذا اختار الغرماء استسعاءه بحر ، وأقره أخوه والمقدسى (قوله لم يعجز) أما لو عجز نفسه عاد إلى الرق فيجرى عليه حكم القن (قوله وبدونه الخ) يعنى إذا تزوج القن أو المدبر ونحوه

المفروضة (إذا اجتمع عليه مايعجز عن أدائه ولم يفده) ذخيرة ولو بنت المولى، لا أمته ولا نفقة ولده ولو زوجته حرة، بل نفقته على أمه ولو مكاتبة لتبعيته للأم ولو مكاتبين سعى لأمه ونفقته على أبيه جوهرة (مرة بعد أخرى) أى لو اجتمع عليه نفقة أخرى بعد مااشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضى ببيع ثانيا، وكذا المشترى الثالث وهلم جرا لأنه دين حادث قاله الكمال وابن الكمال: فما فى الدرر تبعا للصدر سهو.

بلا إذن السيد يطالب بالنفقة بعد العتق: أى بالنفقة المستقبلة لا التى فى حال رقه لعدم كونها زوجة وقته. قال فى الفتاوى الهندية: فإن تزوج هؤلاء بغير إذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر، كذا فى الكافى، وإن أعتق واحد منهم جاز نكاحه حين عتق وعليه المهر والنفقة فى المستقبل اهـ ح (قوله المفروضة) كذا قيد به فى النهر وعزاه إلى الفتح وغيره أى لأنها بدون الفرض تسقط بالمضى كنفقة زوجة الحر. والذى فى الفتح فرضها بقضاء القاضى وهل بالتراضى كذلك لم أره، وذكرت فى باب نكاح الرقيق بحثا أنه ينبغى أن لا يصح فرضها بتراضيهما لحجر العبد عن التصرف ولاتهامه بقصد الزيادة لإضرار المولى تأمل (قوله إذا اجتمع عليه الخ) أفاد أنه لا يباع بالقدر اليسير كنفقة كل يوم وأنه لا يلزمها أن تصبر إلى أن يجتمع لها من النفقة قدر قيمته، لما فى الأول من الإضرار بالمولى، وما فى الثانى من الإضرار بها، أفاده فى البحر.

قلت: والظاهر أن الخيار للمولى، إن شاء باعه جميعه أو باع منه بقدر مالها عليه، ثم إذا تجمد لها عليه نفقة أخرى يباع مع حصة كل من السيد والمشترى بقدر مايخصه، لأنه عبد مشترك لزمه دين فيغرم كل منهما بقدر مايملكه وهكذا لو بيع منه لثالث ورابع تأمل (قوله ولم يفده) فلو اختار المولى فداءه لا يباع، لأن حقها فى النفقة لا فى رقبة العبد (قوله ولو بنت المولى) تعميم للزوجة، فإن لها النفقة على عبد أبيها لأن البنت تستحق الدين على الأب فكذا على عبده بحر عن الذخيرة (قوله لا أمته) أى أمة مولاه أى لا يجب على العبد نفقة زوجته التى هى أمة مولاه، سواء بوأها أولا لأنهما جميعا ملك المولى ونفقة المملوك على المالك بحر، وينظر مالو كان مكاتبا للمولى ولعلها عليه شرنبلالية (قوله ولا نفقة ولده الخ) لأنه إذا كانت زوجته حرة فأولادها أحرار تبعا لها، ونفقتهم عليها لو قادرة وإلا فعلى الأقرب فالأقرب ممن يرثهم؛ وإذا كانت مكاتبة فأولادها تبع لها فى الكتابة فنفقتهم عليها.

وإذا كانت الزوجة قنة أو مدبرة أو أم ولد فأولادها تبع لها فى الرق والتدبير والاستيلاد، ونفقتهم على مولاهم لأنهم ملكه، وهذا معنى قوله لتبعية الأم: أى لا تلزم العبد نفقة ولده سواء كانت زوجته حرة أو غيرها لتبعية الولد لأمه فى الحرية لو حرة، والكتابة لو مكاتبة، والرق لو قنة، والتدبير أو الاستيلاد لو مدبرة أو أم ولد فافهم (قوله ولو مكاتبين الخ) فى البحر عن كافى الحاكم وشرحه للنسفى وشرح الطحاوى والشامل، وكذا فى الفتح، المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى.

وإذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الأم؛ لأن الولد تابع للأم فى كتابتها، ولهذا كان كسب الولد لها وأرش الجناية عليه لها وميراثه لها، فكذلك النفقة تكون عليها اهـ. وبه ظهر أن الضمير فى قوله سعى، وكذا مابعده عائد على الولد لأنه معنى كون كسبه لأمه ولا ضرورة لإرجاعه للزوج، لأن الكلام فى نفقة ولد المكاتب، أما نفقة زوجته فعلم حكمها من قوله ومكاتب لم يعجز فافهم، نعم قوله ونفقته على أبيه الظاهر أنه سبق قلم من صاحب الجوهرة، لما علمت من صريح هذه الكتب المعتمدة من أن نفقته على أمه ونحوه فى ح عن الذخيرة (قوله ثم علم فرضى) أما إذا لم يعلم المشترى بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لأنه عيب اطلع عليه فتح (قوله لأنه دين حادث) أى عند المشترى، لأن النفقة تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر فى حق السيد، فهو فى الحقيقة دين حادث عند المشترى فتح (قوله فما فى الدرر الخ) تفريع على قوله

(وتسقط بموته وقتله) فى الأصح (ويباع فى دين غيرها) مرة لعدم التجدد، وسيجىء فى المأذون أن للغرماء استسعاءه ومفاده أن لها استسعاءه ولو لنفقة كل يوم بحر، قال : وهل يباع فى كفنها ؟ ينبغى على قول الثانى المفتى به نعم كما يباع فى كسوتها .

(ونفقة الأمة المنكوحة) ولو مدبرة أو أم ولد ، أما المكاتبة فكالحرة (إنما تجب) على الزوج ولو عبدا (بالتبوئة) بأن يدفعها إليه

بعد ما اشتراه، وقوله لأنه دين حادث فإن معناه أنه إنما يباع ثانيا بما يجتمع عليه من النفقة عند المشترى لا بما بقى عليه من عند الأول، كما إذا بيع فلم يف ثمنه بما عليه لا يباع ثانيا بما بقى بل بما يحدث عند الثانى ، ولهذا ردّ تبعا لغيره على مافى الدرر تبعا لصدر الشريعة ، حيث قالا : صورته عبد تزوج امرأة بإذن المولى ففرض القاضى النفقة عليه فاجتمع عليه ألف درهم فبيع بخمسمائة وهى قيمته والمشترى عالم أن عليه دين النفقة يباع مرة أخرى ، بخلاف ما إذا كان عليه ألف بسبب آخر فبيع بخمسمائة لا يباع مرة أخرى اه .

وأجاب ح بأن قبوله يباع مرة أخرى يحتمل أن يكون المراد به يباع فيما تجدد لا فى الخمسمائة الباقية فالأحسن قول الشرنبلالية فيه تساهل لأنه يوهم أنه يباع فيما بقى عليه من الألف وليس كذلك ، بل فيما يتجدد عليه من النفقة عند المشترى كما هو منقول فى المذهب اه لكن قوله بخلاف الخ يمنع من هذا التأويل كما لا يخفى (قوله فى الأصح) وقيل لا تسقط بالقتل لأنه أخلف القيمة فتنتقل إليه كسائر الديون ، وليس بشىء لأن الدين إنما ينتقل إلى القيمة إذا كان دينا لا يسقط بالموت وهذا يسقط بالموت زيلعى (قوله ويباع فى دين غيرها) بتنوين دين وجر غيرها على أنه صفة له أى غير النفقة كالمهر ، ومالزمه بتجارة باذن أو بضمان متلف . قال ح : وفيه أنه لا يظهر فرق بين النفقة وغيرها فإن الدين الحادث فى ملك مولى إذا بيع فيه لا يباع فى بقيته عند مولى آخر نفقة كان أو غيرها . إلا أن يقال : إن سبب النفقة لما كان أمرا واحدا مستمرا يقال إنه بيع فيه مرارا عند موال متعددة بخلاف غيره (قوله ومفاده أن لها استسعاءه) لكونها من جملة الغرماء ولذا تحاصصهم ط (قوله قال) أى صاحب البحر، وأقره أخوه والمقدسى . وذكر الرملى أنه سئل عن ذلك فأجاب كذلك قبل وقوفه على ما فى البحر اه . قلت : ورأيته مصرحا فى الذخيرة عن أبى يوسف (قوله على قول الثانى) أى من أن مؤنة تجهيزها على الزوج وإن تركت مالا ، لأن الكفن كالكسوة حال الحياة (قوله المنكوحة) أى التى زوجها سيدها لرجل ، أما غير المنكوحة فنفقتها على سيدها مطلقا (قوله أما المكاتبة فكالحرة) لملكها منافعها ، فلم يبق للمولى عليها ولاية الاستخدام ، فلها النفقة بمجرد التمكين من نفسها وإن لم تنتقل ، وتسقط بالنشوز كالحرة ط (قوله ولو عبدا) أى لغير سيد الأمة : إذ لو كان عبده فنفقتها على السيد بوأها أولا ط عن الزيلعى (قوله بأن يدفعها إليه الخ) أى بأن يخلى المولى بين الأمة وزوجها فى منزل الزوج ولا يستخدمها ، كذا فى كافى الحاكم الشهيد بحر ، لأن الاحتباس لا يتحقق إلا بالتبوئة ، لأن المعتبر فى استحقاق النفقة تفريغها لمصالح الزوج وذلك يحصل بالتبوئة ، وإن استخدمها بعد التبوئة سقطت نفقتها لزوال الموجب زيلعى . أى لزوال الاحتباس الموجب للنفقة ، ومقتضاه أنه استخدمها فى غير بيت الزوج ، ويدل عليه قوله فى الهداية إذا بوأها معه أى مع الزوج منزلا فعليه النفقة لأنه تحقق الاحتباس ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لأنه فات الاحتباس ، وفسر التبوئة بما مر ، فعلم أن النفقة لا تجب إلا بالتبوئة لأن بها يحصل الاحتباس الموجب ، فلو استخدمها وهى فى بيت الزوج بخياطة أو غزل مثلا لم تسقط النفقة لبقاء الاحتباس فى بيت الزوج .

ولا ينافيه قولهم لو استخدمها سقطت النفقة فإن المراد استخدامها فى غير بيت الزوج كما دل عليه كلام

ولا يستخدمها (فلو استخدمها المولى) أو أهله (بعدها أو بوأها بعد الطلاق لأجل انقضاء العدة لاقبله) أى ولم يكن بوأها قبل الطلاق (سقطت) بخلاف حرة نشزت فطلقت فعادت .

وفى البحر بحثا : فرضها قبل التبوئة باطل ، ونفقات الزوجات المختلفة مختلفة بحالهما (وكذا تجب لها السكنى فى بيت خال عن أهله)

الزيلعى والهداية ، خلافا لما فهمه فى البحر بناء على ما فهمه من أن قولهم ولا يستخدمها فى تعريف التبوئة شرط آخر لها ، وليس كذلك بل هو عطف تفسير ، فمعناه التخلية بينها وبين الزوج ، ويدل عليه قوله فى الذخيرة : ثم إذا استخدمها المولى بعد ذلك ولم يخل بينها وبين الزوج فلا نفقة لها لفوات موجب النفقة وهو التبوئة من جهة من له الحق ، فشابهت الحرة الناشزة ، فهذا كالصريح فى أن الاستخدام بدون فوات التخلية لايضر ، إذ لا تشبه الناشزة إلا بالخروج من بيت الزوج فافهم (قوله فلو استخدمها المولى) أى فى غير بيت الزوج كما علمت فافهم ، وقيد بالاستخدام ، لأنها لو كانت تأتى إلى المولى فى بعض الأوقات وتخدمه من غير أن يستخدمها لم تسقط نفقتها ، لأن النفقة حق المولى فلا تسقط بصنع غيره ذخيرة .

[فرع] لو سلمها للزوج ليلا واستخدمها نهارا فعلى الزوج نفقة الليل ، كما أفتى به والد صاحب التتمة كما فى التتارخانية (قوله أو أهله) أى لو جاءت إلى بيته وليس هو فيه فاستخدمها أهل البيت ومنعوها من الرجوع إلى بيت الزوج فلا نفقة لها لأن استخدام أهل المولى إياها بمنزلة استخدامه ذخيرة (قوله بعدها) أى بعد التبوئة (قوله لأجل انقضاء العدة) الأولى لأجل الاعتداد لأن انقضاءها لايتوقف على التبوئة وقد مر فى فصل الحداد أنه يجوز للأمة المطلقة الخروج إلا إذا كانت مبوأة (قوله أى ولم يكن بوأها قبل الطلاق) كذا فى البحر عن الولوالجية ؛ والمراد نفى التبوئة المستمرة إلى وقت الطلاق لا مطلقا لأنه لو بوأها ثم أخرجها قبل الطلاق لم يكن له إعادتها لتطالب بالنفقة كما نص عليه فى كافى الحاكم (قوله سقطت) هذا ظاهر فى مسألة الاستخدام بعدالتبوئة أما لو لم يبوئها إلا بعد الطلاق لم تجب أصلا لأنها لم تستحق النفقة بهذا الطلاق فلا تستحق بعده . ثم اعلم أن للمولى أن يرجع ويبوئها ثانيا وثالثا وهكذا فتجب النفقة ، وكلما استردها سقطت كما فى الفتح (قوله بخلاف حرة نشزت الخ) أى أن الحرة إذا نشزت فطلقها زوجها فلها النفقة والسكنى إذا عادت إلى بيت الزوج والفرق كما فى الولوالجية أن نكاح الأمة لم يكن سببا لوجوب النفقة لأنها تجب بالاحتباس وهو التبوئة . والتبوئة لاتجب فيه ، ونكاح الحرة حال الطلاق سبب لوجوب النفقة إلا أنها فوتت بالنشوز فإذا عادت وجبت اه (قوله وفى البحر الخ) حيث قال عقب الفرق المذكور ، وظاهره أن تقدير النفقة من القاضى قبل التبوئة لايصح ، لأنه قبل السبب ، ولم أره صريحا اه (قوله ونفقات الزوجات الخ) فى الذخيرة والولوالجية : وإذا كان للرجل نسوة بعضهن أحرار مسلمات وبعضهن إماء ذميات فهن فى النفقة سواء لأنها مشروعة للكفاية وذلك لايختلف باختلاف الدين والرق والحرية إلا أن الأمة لا تستحق نفقة الخادم اه . قال فى البحر : وينبغى أن يكون هذا مفرعا على ظاهر الرواية من اعتبار حاله ، وأما على المفتى به فلسن فى النفقة سواء لاختلاف حالهن يسارا وعسرا فليست نفقة الموسرة كنفقة المعسرة ، ولا نفقة الحرة كالأمة كما لا يخفى ، ولم أر من نبه عليه اه قال المقدسى : ولا معنى لهذا بعد قولهم لأن النفقة مشروعة للكفاية الخ اه أى لأنه صريح فى ذلك .

مطلب فى مسكن الزوجة

(قوله وكذا تجب لها) أى للزوجة السكنى أى الاسكان ، وتقدم أن اسم النفقة يعمها ؛ لكنه أفردها لأن لها حكما يخصها نهر (قوله خال عن أهله الخ) لأنها تتضرر بمشاركة غيرها فيه ؛ لأنها لاتأمن على متاعها ويمنعها

سوى طفله الذى لايفهم الجماع وأمته وأم ولده (وأهلها) ولو ولدها من غيره (بقدر حالهما) كطعام وكسوة وبيت منفرد من دار له غلق . زاد فى الاختيار والعينى : ومرافق ، ومراده لزوم كنيف ومطبخ ، وينبغى الإفتاء به بحر (كفاها) لحصول المقصود هداية .

وفى البحر عن الخانية : يشترط أن لايكون فى الدار أحد

ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع إلا أن تختار ذلك ؛ لأنها رضيت بانتقاص حقها هداية (قوله وأمته وأم ولده) قال فى الفتح : وأما أمته ، فقيل أيضا لا يسكنها معها إلا برضاها ، والمختار أن له ذلك لأنه يحتاج إلى استخدامها فى كل وقت غير أنه لايطؤها بحضرتها كما أنه لا يحل له وط زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة اه وذكر أم الولد فى البحر معزيا إلى آخر الكنز . قلت : وذكر فى الذخيرة أن هذا مشكل ، أما على المعنى الأول(١) فظاهر ، وأما على الثانى فلأنه تكره المجامعة بين يدى أمته اه .

قلت : وقد يكون إضرار أم ولده لها أكثر من إضرار ضرتها . وفى الدر المنتقى عن المحيط أن أم الولد كأهله (قوله وأهلها) أى له منعهم من السكنى معها فى بيته سواء كان ملكا له أو إجارة أو عارية (قوله من غيره) حال من ولدها لاصفة له وإلا لزم حذف الموصول مع بعض الصلة قهستانى ، إذ التقدير الكائن من غيره اه ح . وأطلق ولدها فشمل الذى لا يفهم الجماع لأنه لا يلزمه إسكان ولدها فى بيته .

وفى حاشية الخير الرملى على البحر : له منعها من إرضاعه وتربيته ؛ لما فى التتارخانية أن للزوج منعها عما يوجب خللا فى حقه . وما فيها عن السغناقى ، ولأنها فى الإرضاع والسهر ينقص جمالها وجمالها حقه فله منعها تأمل اه .

قلت : وعليه فله منعها من إرضاعه ولو كان البيت لها (قوله بقدر حالهما) أى فى اليسار والإعسار ، فليس مسكن الأغنياء كمسكن الفقراء كما فى البحر ؛ لكن إذا كان أحدهما غنيا والآخر فقيرا ؛ فقد مر أنه يجب لها فى الطعام والكسوة الوسط ، ويخاطب بقدر وسعه والباقى دين عليه إلى الميسرة ، فانظر هل يتأتى ذلك هنا (قوله وبيت منفرد) أى مايبات فيه ؛ وهو محل منفرد معين قهستانى . والظاهر أن المراد بالمنفرد ما كان مختصا بها ليس فيه ما يشاركها به أحد من أهل الدار (قوله له غلق) بالتحريك : ما يغلق ويفتح بالمفتاح قهستانى (قوله زاد فى الاختيار والعينى) ومثله فى الزيلعى ، وأقره فى الفتح بعد مانقل عن القاضى الإمام أنه إذا كان له غلق يخصه وكان الخلاء مشتركا ليس لها أن تطالبه بمسكن آخر (قوله ومفاده لزوم كنيف ومطبخ) أى بيت الخلاء وموضع الطبخ بأن يكونا داخل البيت أو فى الدار لا يشاركها فيهما أحد من أهل الدار .

قلت : وينبغى أن يكون هذا فى غير الفقراء الذين يسكنون فى الربوع والأحواش بحيث يكون لكل واحد بيت يخصه وبعض المرافق مشتركة كالخلاء والتنور وبئر الماء ، ويأتى تمامه قريبا (قوله لحصول المقصود) هو أنها على متاعها ؛ وعدم ما يمنعها من المعاشرة مع زوجها والاستمتاع (قوله وفى البحر عن الخانية الخ) عبارة الخانية : فإن كانت دار فيها بيوت وأعطى لها بيتا يغلق ويفتح لم يكن لها أن تطلب بيتا آخر إذا لم يكن ثمة أحد من أحماء الزوج يؤذيها اه قال المصنف فى شرحه : فهم شيخنا أن قوله ثمة إشارة للدار لا البيت ؛ لكن فى البزازية : أبت أن تسكن مع أحماء الزوج وفى الدار بيوت إن فرغ لها بيتا له غلق على حدة وليس فيه أحد منهم لا تمكن من مطالبته ببيت آخر اه فضمير فيه راجع للبيت لا الدار وهو الظاهر ، لكن ينبغى أن يكون الحكم كذلك فيما إذا كان فى الدار من الأحماء من يؤذيها وإن لم يدل عليه كلام البزازى اه .

---

(١) (قوله على المعنى الأول) أى ما مر قبله من التضرر بمشاركة غيرها ، وقوله : وأما على الثانى ، أى منعها من المعاشرة مع زوجها اه منه .

من أحماء الزوج يؤذيها ، ونقل المصنف عن الملتقط كفايته مع الأحماء لامع الضرائر ، فلكل من زوجتيه مطالبته ببيت من دار على حدة

قلت : وفى البدائع : ولو أراد أن يسكنها مع ضرتها أو مع أحمائها كأمه وأخته وبنته فأبت فعليه أن يسكنها فى منزل منفرد لأن إباءها دليل الأذى والضرر ؛ ولأنه محتاج إلى جماعها ومعاشرتها فى أى وقت يتفق لايمكن ذلك مع ثالث ؛ حتى لوكان فى الدار بيوت وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا ليس لها أن تطالبه بآخر اه فهذا صريح فى أن المعتبر عدم وجدان أحد فى البيت لا فى الدار (قوله من أحماء الزوج) صوابه من أحماء المرأة كما عبر به فى الفتاوى الهندية عن الظهيرية ؛ لأن أقارب الزوج أحماء المرأة وأقاربها أحماؤه اهـ ح . وأجيب بأن الزوج يطلق على المرأة أيضا ، وهذا التأويل بعيد ، وهو فى عبارة البزازية المارة أبعد (قوله ونقل المصنف عن الملتقط الخ) وعبارته : وفرق فى الملتقط لصدر الإسلام بين ما إذا جمع بين امرأتين فى دار وأسكن كلا فى بيت له غلق على حدة لكل منهما أن تطالب ببيت فى دار على حدة ؛ لأنه لا يتوفر على كل منهما حقها إلا إذا كان لها دار على حدة ؛ بخلاف المرأة مع الأحماء ، فإن المنافرة فى الضرائر أوفر اه .

قلت : وهكذا نقله فى البزازية عن الملتقط المذكور . والذى رأيته فى الملتقط لأبى القاسم الحسينى وكذا فى تجنيس الملتقط المذكور للإمام الاستروشنى هكذا : أبت أن تسكن مع ضرتها أو صهرتها ، إن أمكنه أن يجعل لها بيتا على حدة فى داره ليس لها غير ذلك ، وليس للزوج أن يسكن امرأته وأمه فى بيت واحد ، لأنه يكره أن يجامعها وفى البيت غيرهما ؛ وإن أسكن الأم فى بيت داره والمرأة فى بيت آخر فليس لها غير ذلك . وذكر الخصاف أن لها أن تقول لا أسكن مع والديك وأقربائك فى الدار فأفرد لى دارا . قال صاحب الملتقط : هذه الرواية محمولة على الموسرة الشريفة ، وما ذكرنا قبله أن إفراد بيت فى الدار كاف إنما هو فى المرأة الوسط اعتبارا فى السكنى بالمعروف اه .

قلت : والحاصل أن المشهور وهو المتبادر من إطلاق المتون أنه يكفيها بيت له غلق من دار سواء كان فى الدار ضرتها أو أحماؤها . وعلى ما فهمه فى البحر من عبارة الخانية وارتضاه المصنف فى شرحه لا يكفى ذلك إذا كان فى الدار أحد من أحمائها يؤذيها ، وكذا الضرة بالأولى . وعلى مانقله المصنف عن ملتقط صدر الإسلام يكفى مع الأحماء لامع الضرة ، وعلى مانقلنا عن ملتقط أبى القاسم وتجنيسه للاستروشنى أن ذلك يختلف باختلاف الناس ، ففى الشريفة ذات اليسار لابد من إفرادها فى دار ، ومتوسط الحال يكفيها بيت واحد من دار . ومفهومه أن من كانت من ذوات الإعسار يكفيها بيت ولو مع أحمائها وضرتها كأكثر الأعراب وأهل القرى وفقراء المدن الذين يسكنون فى الأحواش والربوع ، وهذا التفصيل هو الموافق ، لما مر من أن المسكن يعتبر بقدر حالهما ، ولقوله تعالى — أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم — وينبغى اعتماده فى زماننا هذا ، فقد مر أن الطعام والكسوة يختلفان باختلاف الزمان والمكان ، وأهل بلادنا الشامية لا يسكنون فى بيت من دار مشتملة على أجانب ، وهذا فى أوساطهم فضلا عن أشرافهم إلا أن تكون دارا موروثة بين إخوة مثلا ، فيسكن كل منهم فى جهة منها مع الاشتراك فى مرافقها ، فإذا تضررت زوجة أحدهم من أحمائها أو ضرتها وأراد زوجها إسكانها فى بيت منفرد من دار لجماعة أجانب وفى البيت مطبخ وخلاء يعدون ذلك من أعظم العار عليهم ، فينبغى الإفتاء بلزوم دار من بابها ، نعم ينبغى أن لا يلزمه إسكانها فى دار واسعة كدار أبيها أو كداره التى هو ساكن فيها ، لأن كثيرا من الأوساط والأشراف يسكنون الدار الصغيرة ، وهذا موافق لما قدمناه عن الملتقط من قوله اعتبارا فى السكنى بالمعروف ،

(ولا يلزمه إتيانها بمؤنسة) ويأمره بإسكانها بين جيران صالحين بحيث لاتستوحش سراجية . ومفاده أن البيت بلا جيران ليس مسكنا شرعيا بحر . وفى النهر : وظاهره وجوبها لو البيت خاليا عن الجيران لاسيما إذا خشيت على عقلها من سعته .

قلت : لكن نظر فيه الشرنبلالى بما مر أن مالا جيران له غير مسكن شرعى ، فتنبه (ولا يمنعها من الخروج إلى الوالدين) فى كل جمعة إن لم يقدرا على إتيانها على ما اختاره فى الاختيار ولو أبوها

إذ لا شك أن المعروف يختلف باختلاف الزمان والمكان ، فعلى المفتى أن ينظر إلى حال أهل زمانه وبلده ، إذ بدون ذلك لا تحصل المعاشرة بالمعروف ، وقد قال تعالى —ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن— .

مطلب فى الكلام على المؤنسة

(قوله ولا يلزمه إتيانها بمؤنسة الخ) قال فى النهر : ولم نجد فى كلامهم ذكر المؤنسة إلا فى فتاوى قارئ الهداية قال إنها لاتجب الخ (قوله ومفاده الخ) عبارة البحر : هكذا قالوا للزوج أن يسكنها حيث أحب ولكن بين جيران صالحين ؛ ولو قالت إنه يضربنى ويؤذينى فمره أن يسكننى بين قوم صالحين ؛ فإن علم القاضى ذلك زجره ومنعه عن التعدى فى حقها وإلا يسأل الجيران عن صنيعه ، فإن صدقوها منعه عن التعدى فى حقها ولا يتركها ثمة وإن لم يكن فى جوارها من يوثق به أو كانوا يميلون إلى الزوج أمره بإسكانها بين قوم صالحين اه ولم يصرحوا بأنه يضرب وإنما قالوا زجره ولعله لأنها لم تطلب تعزيره وإنما طلبت الإسكان بين قوم صالحين ،وقد علم من كلامهم أن البيت الذى ليس له جيران ليس بمسكن شرعى اه (قوله لكن نظر فيه الشرنبلالى الخ) أى نظر فى كلام النهر وأجيب عنه بحمله على ماإذا رضيت بذلك ولم تطالبه بمسكن له جيران .

فالحاصل أن الإفتاء بلزوم المؤنسة وعدمه يختلف باختلاف المساكن ولو مع وجود الجيران ، فإن كان صغيرا كمساكن الربوع والحيشان فلا يلزم لعدم الاستيحاش بقرب الجيران ، وإن كان كبيرا كالدار الخالية من السكان المرتفعة الجدران يلزم لاسيما إن خشيت على عقلها كما أفاده السيد محمد أبو السعود فى حواشى مسكين ، وهو كلام وجيه لأن مافى السراجية من عدم اللزوم مشروط بشرطين : إسكانها بين جيران صالحين، وعدم الاستيحاش ، فإذا أسكنها فى دار وكان يخرج ليلا ليبيت عند ضرتها ونحوه وليس لها ولد أو خادم تستأنس به أو لم يكن عندها من يدفع عنها إذا خشيت من اللصوص أو ذوى الفساد كان من المضارة المنهى عنها ولا سيما إذا كانت صغيرة السن فيلزمه إتيانها بمؤنسة أو إسكانها فى بيت من دار عند من لايؤذيها إن كان مسكنا يليق بحالهما ، والله سبحانه أعلم (قوله على مااختاره فى الاختيار) الذى رأيته فى الاختيار شرح المختار : هكذا قيل لايمنعها من الخروج إلى الوالدين وقيل يمنع ؛ ولا يمنعهما من الدخول إليها فى كل جمعة وغيرهم من الأقارب فى كل سنة هو المختار اه . فقوله هو المختار مقابله القول بالشهر فى دخول المحارم كما أفاده فى الدرر والفتح ، نعم ماذكره الشارح اختاره فى فتح القدير حيث قال : وعن أبى يوسف فى النوادر تقييد خروجها بأن لايقدرا على إتيانها ، فإن قدرا لاتذهب وهو حسن ، وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج إليهما وأشار إلى نقله فى شرح المختار .

والحق الأخذ بقول أبى يوسف إذا كان الأبوان بالصفة التى ذكرت ، وإلا ينبغى أن يأذن لها فى زيارتهما فى الحين بعد الحين على قدر متعارف ، أما فى كل جمعة فهو بعيد، فإن فى كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا إذا كانت شابة والزوج من ذوى الهيئات ، بخلاف خروج الأبوين فإنه أيسر اه وهذا ترجيح منه لخلاف ماذكر فى البحر أنه الصحيح المفتى به من أنها تخرج للوالدين فى كل جمعة بإذنه وبدونه ، وللمحارم فى كل سنة مرة بإذنه

زمنا مثلا فاحتاجها فعليها تعاهده ولو كافرا وإن أبى الزوج فتح (ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة ، وفى غيرهما من المحارم فى كل سنة) لها الخروج ولهم الدخول زيلعى (ويمنعهم من الكينونة) وفى نسخة : من البيتوتة لكن عبارة منلا مسكين : من القرار (عندها) به يفتى خانية ، ويمنعها من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة ، وإن أذن كانا عاصيين كما مر فى باب المهر .

وفى البحر : له منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعا لأجنبى ولو قابلة أو مغسلة

وبدونه (قوله زمنا) أى مريضا مرضاً طويلا (قوله فعليها تعاهده) أى بقدر احتياجه إليها ، وهذا إذا لم يكن له من يقوم عليه كما قيده فى الخانية (قوله ولو كافرا) لأن ذلك من المصاحبة بالمعروف المأمور بها (قوله وإن أبى الزوج) لرجحان حق الوالد ، وهل لها النفقة ؟ الظاهر لا وإن كانت خارجة من بيته بحق كما لو خرجت لفرض الحج (قوله فى كل جمعة) هذا هو الصحيح ، خلافا لمن قال له المنع من الدخول معللا بأن المنزل ملكه ، وله حق المنع من دخول ملكه دون القيام على باب الدار ، ولمن قال لامنع من الدخول بل من القرار لأن الفتنة فى المكث وطول الكلام ، أفاده فى البحر . وظاهر الكنز وغيره اختيار القول بالمنع من الدخول مطلقا ، واختاره القدورى ، وجزم به فى الذخيرة ، وقال : ولا يمنعهم من النظر إليها والكلام معها خارج المنزل إلا أن يخاف عليها الفساد فله منعهم من ذلك أيضا (قوله فى كل سنة) وقيل فى كل شهر كما مر (قوله لها الخروج ولهم الدخول زيلعى) المناسب إسقاط هذه الجملة كما فى بعض النسخ . وعبارة الزيلعى : وقيل لايمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهم من الدخول عليها فى كل جمعة الخ (قوله ويمنعهم من الكينونة) الظاهر أن الضمير عائد إلى الأبوين والمحارم (قوله وفى نسخة من البيتوتة الخ) وبه عبر فى النهر ، وتعبير منلا مسكين يؤيد النسخة الأولى ، ومثله فى الزيلعى والبحر ، ويؤيده مامر من التعليل بأن الفتنة فى المكث وطول الكلام (قوله ويمنعها الخ) ولا تتطوع للصلاة والصوم بغير إذن الزوج بحر عن الظهيرية .

قلت : ينبغى تقييد الصلاة بصلاة التهجد فى الليل ، لأن فى ذلك منعا لحقه وتنقيصا لجمالها بالسهر والتعب وجمالها حقه أيضاً كما مر ، أما غيره ولا سيما السنن الرواتب فلا وجه لمنعها منها كما لايخفى (قوله والوليمة) ظاهره ولو كانت عند المحارم ، لأنها تشتمل على جمع فلا تخلو من الفساد عادة رحمتى (قوله وكل عمل ولو تبرعا لأجنبى) كذا ذكره فى البحر بحثا حيث قال : وينبغى عدم تخصيص الغزل ، بل له أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب ، لأنها مستغنية عنه لوجوب كفايتها عليه وكذا من العمل تبرعا لأجنبى بالأولى اه . وقوله بالأولى ينافى قول الشارح ولو تبرعا لاقتضاء لو الوصلية كون غير التبرع أولى وهو غير صحيح كذا قيل . وقد يجاب بأن ما كان غير تبرع بل بالأجرة قد يستدعى خروجها لمطالبة الأجنبى بالأجرة تأمل .

قلت : ثم إن قولهم له منعها من الغزل يشمل غزلها لنفسها ، فإن كانت العلة فيه السهر والتعب المنقص لجمالها فله منعها عما يؤدى إلى ذلك لاما دونه وإن كانت العلة استغناءها عن الكسب كما مر ، ففيه أنها قد تحتاج إلى مالايلزم الزوج شراؤه لها .

والذى ينبغى تحريره أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدى إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته أما العمل الذى لاضرر له فيه فلا وجه لمنعها عنه خصوصا فى حال غيبته من بيته ، فإن ترك المرأة بلا عمل فى بيتها يؤدى إلى وساوس النفس والشيطان أو الاشتغال بما لايعنى مع الأجانب والجيران (قوله ولو قابلة ومغسلة) أى التى تغسل الموتى كما فى الخانية ، ونقل فى البحر عنها تقييد خروجها بإذن الزوج بعد مانقل عن النوازل أن لها

لتقدم حقه على فرض الكفاية ، ومن مجالس العلم إلا لنازلة امتنع زوجها من سؤالها ، ومن الحمام إلا النفساء وإن جاز بلا تزين وكشف عورة أحد .

قال الباقانى : وعليه فلا خلاف فى منعهن للعلم بكشف بعضهن ، وكذا فى الشرنبلالية معزيا للكمال .

(وتفرض) النفقة بأنواعها الثلاثة (لزوجة الغائب) مدة سفر صيرفية ، واستحسنه فى البحر ولو مفقودا (وطفله) ومثله كبير زمن وأنثى مطلقا (وأبويه) فقط ، فلا تفرض لمملوكه وأخيه ،

الخروج بلا إذنه ، واقتصر عليه فى الفتح ، وقوى فى البحر الأول بما علل به الشارح (قوله على فرض الكفاية) بخلاف فرض العين كالحج فلها الخروج إليه مع محرم (قوله ومن مجالس العلم) معطوف على قوله من الغزل ، فإن لم تقع لها نازلة وأرادت الخروج لتعلم مسائل الوضوء والصلاة ، إن كان الزوج يحفظ ذلك ويعلمها له منعها ، وإلا فالأولى أن يأذن لها أحيانا بحر .

مطلب فى منع النساء من الحمام

(قوله ومن الحمام الخ) المنع منه قول الفقيه ، وخالفه قاضيخان فقال : دخوله مشروع للنساء والرجال ، خلافا لما قاله بعض الناس ، لكن إنما يباح إذا لم يكن فيه إنسان مكشوف العورة اھ .

وعلى ذلك فلا خلاف فى منعهن للعلم بأن كثيرا منهن مكشوف العورة ، وقد وردت أحاديث تؤيد قول الفقيه وورد استثناء النفساء والمريضة ، وتمامه فى الفتح ، وقال قبله : وحيث أبحنا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى مايكون داعية لنظر الرجال والاستمالة . قال الله تعالى ــ ولاتبرجن تبرج الجاهلية الأولى ــ اھ وأشار الشارح بقوله وإن جاز إلى قول قاضيخان ، وإلى أنه لاينافى منع الزوج لها من دخوله مع مشروعيته لها كما لاينافى منعها من صوم النفل وإن كان مشروعا ، نعم ينافى منعها من دخوله ولو بإذن الزوج ، والظاهر أنه مراد الفقيه خلافا لما فهمه الشرنبلالى .

مطلب فى فرض النفقة لزوجة الغائب

(قوله وتفرض النفقة) وكذا لو كانت مفروضة ومضت مدة ثم غاب لها أخذ الماضى من ماله المذكور كما أفاده فى البدائع (قوله مدة سفر) متعلق بالغائب (قوله واستحسنه فى البحر) قال : وهو قيد حسن يجب حفظه فإنه فيما دونها يسهل إحضاره ومراجعته اھ لكن فى القهستانى : ويفرض القاضى نفقة عرس الغائب عن البلد سواء كان بينهما مدة سفر أولا كما فى المنية . وينبغى أن تفرض نفقة عرس المتوارى فى البلد ، ويدخل فيه المفقود اھ ح .

وفى الحموى عن البرجندى عن القنية عن المحيط : سواء كانت الغيبة مدة سفر أولا ، حتى لو ذهب إلى القرية وتركها فى البلد فللقاضى أن يفرض لها النفقة اھ (قوله وطفله) أى الفقير الحر ط (قوله ومثله كبير زمن) المراد به الابن العاجز عن الكسب لمرض أو غيره كما سيأتى بيانه (قوله وأنثى مطلقا) أى ولو غير مريضة ، لأن مجرد الأنوثة عجز ط والمراد بها البنت الفقيرة (قوله وأبويه) أى الفقيرين ولو قادرين على الكسب على أحد القولين كما سيأتى (قوله فلا تفرض لمملوكه وأخيه) المراد به كل ذى رحم محرم مما سوى قرابة الولاد ، لأن نفقتهم لاتجب قبل القضاء ، ولهذا ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيئا قبل القضاء إذا ظفروا به فكان القضاء فى حقهم ابتداء إيجاب ولايجوز ذلك على الغائب ، بخلاف الزوجة وقرابة الولاد لأن لهم الأخذ قبل القضاء بلا رضاه ،

ولا يقضى عنه دينه لأنه قضاء على الغائب (فى مال له من جنس حقهم) كتبر أو طعام، أما خلافه فيفتقر للبيع؛ ولا يباع مال الغائب اتفاقا (عند) أو على (من يقرّ به) عنده للأمانة ، وعلىّ للدين ، ويبدأ بالأول ، ويقبل قول المودع فى الدفع للنفقة لا المديون إلا ببينة أو إقرارها بحر وسيجىء ؛ ولو أنفقا بلا فرض ضمنا بلا رجوع (وبالزوجية و) بقرابة (الولاد وكذا) الحكم ثابت (إذا علم قاض بذلك) أى بمال وزوجية ونسب ، ولو علم

فيكون القضاء فى حقهم إعانة وفتوى من القاضى كما فى الدرر . ويرد المملوك فإنه إذا كان عاجزا عن الكسب وامتنع مولاه من الإنفاق عليه فإن له الأخذ من مال مولاه ، ومقتضاه أن يفرض للعاجز فى مال مولاه إلا أن يجاب بأن العبد لا يجب له دين على مولاه فليتأمل . وإذا لم يجد ما يأكله فى بيت مولاه ولم يفرض له القاضى كيف يفعل وينبغى أن يؤجره بقدر نفقته لو قادرا على الكسب ويبيعه لو عاجزا كما يأتى فى العبد الوديعة ، ولم أره فليراجع (قوله ولا يقضى عنه دينه) فلو أحضر صاحب الدين غريما أو مودعا للغائب لم يأمره القاضى بقضاء الدين وإن كان مقرا بالمال وبدينه ، لأن القاضى إنما يأمر فى حق الغائب بما يكون نظرا له وحفظا لملكه . وفى الإنفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه ، وفى وفاء دينه قضاء عليه بقول الغير بحر عن الذخيرة : ولا يرد المملوك لأن القاضى لا يقضى على مولاه بنفقته ، بخلاف الزوجة تأمل (قوله لأنه قضاء على الغائب) علة لقوله ولا تفرض ولقوله ولا يقضى (قوله فى مال له) فلو لا مال له فيذكره المصنف ط (قوله كتبر) هو غير المضروب من الذهب أو منه ومن الفضة . وفى بعض النسخ كبر ، ويغنى عنه قوله أو طعام فكان الأول أولى ، ودخل فيه الدراهم والدنانير بالأولى . قال الزيلعى : والتبر بمنزلة الدراهم فى هذا الحكم لأنه يصلح قيمة للمضروب اهـ: وينبغى تقييده بما إذا وقع به التعامل كما قاله الرحمتى (قوله أو طعام) زاد فى البحر وغيره أو كسوة (قوله أما خلافه) أى خلاف جنس الحق كعروض وعقار (قوله عند أو على الخ) يشمل ما كان مال وديعة أو مضاربة بحر ، ومثله الاستحقاق فى غلة الوقف إذا أقر به الناظر كما أفتى به فى الحامدية ، لأن الناظر كوكيل عن أهل الوقف ، وكذا غلة العبد والدار كما فى النهر ، وقيد بكون المال عند شخص ، إذ لو كان فى بيته وعلم القاضى بالنكاح فرض لها فيه لأنه إيفاء لحقها لا قضاء على الزوج بالنفقة ، كما لو أقر بدين ثم غاب وله من جنسه مال فى بيته يقضى لصاحب الدين فيه بحر ، وقيد بإقراره بما ذكر لما يأتى قريبا (قوله ويبدأ بالأول) أى بمال الوديعة لأن القاضى نصب ناظرا فيبدأ به لأنه أنظر للغائب ، لأن الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك ، بخلاف الوديعة فتح وذخيرة . وفى البحر عن الخانية : الوديعة أولى من الدين فى البداءة بالإنفاق منها . وذكر الرحمتى أن القاضى والسلطان وولى اليتيم والمتولى يجب عليهم العمل بما هو الأولى والأنظر كما لا يخفى اهـ تأمل . قلت : وإذا خاف إفلاس المديون أو هربه أو إنكاره فالبداءة به أولى (قوله لا المديون) والفرق أن القاضى له ولاية الإلزام ، فإذا فرض النفقة فى ذلك المال صار المودع مأمورا بالدفع منه إلى المفروض له ، فإذا ادعى دفع الأمانة صدق ، بخلاف المديون فإنه لا يصدق لأنه يدعى ثبوت دين له بذمة الغائب لما تقرر أن الديون تقضى بأمثالها (قوله أو إقرارها) ذكره فى البحر بحثا ، وعلله بأنها مقرة على نفسها اهـ أى لأن النفقة تصير بالقضاء دينا لها على الزوج . قلت : لكن ينبغى صحة إقرارها فى حق نفسها ، فلا ترجع على الزوج لا فى حق الزوج تأمل (قوله ولو أنفقا الخ) هذه الجملة فى بعض النسخ مذكورة قبل قوله ويقبل ، والمراد بضمان المديون عدم براءته ، وقوله ولا رجوع : أى لهما على من أنفقا عليه (قوله وبالزوجية) عطف على الضمير المجرور فى قوله من يقرّ به ولذا أعاد الجار (قوله إذا علم قاض بذلك) أى ولم يقرّ به المديون والمودع ، ولا ينافى هذا قولهم إن القاضى لا يقضى بعلمه لما مر من أن هذا ليس قضاء بل إعانة وفتوى ، أفاده الرحمتى (قوله ولو علم)

بأحدهما احتيج للإقرار بالآخر ، ولا يمين ولا بينة هنا لعدم الخصم (وكفلها) أى أخذ منها كفيلا بما أخذته لابنفسها وجوبا فى الأصح (ويحلفها معه) أى مع الكفيل احتياطا ، وكذا كل آخذ نفقته ؛ فلو ذكر الضمير كابن الكمال لكان أولى (أن الغائب لم يعطها النفقة) ولا كانت ناشزة ولا مطلقة مضت عدتها ، فإن حضر الزوج وبرهن أنه أوفاها النفقة طولبت هى أو كفيلها برد ما أخذت ، وكذا لو لم يبرهن ونكلت ،

أى القاضى بأحدهما أى أحد الأمرين ، بأن علم بالمال مثلا احتيج إلى إقرار المديون أو المودع بالآخر : أى بالزوجية أو النسب (قوله ولا يمين ولا بينة هنا الخ) محترز قوله من يقرّ به الخ أى إنه لو جحد المال أو النكاح أو جحدهما لا تقبل بينتها على المال ، لأنها ليست بخصم فى إثبات الملك للغائب ولا على الزوجية ، لأن المودع والمديون ليسا بخصم فى إثبات النكاح على الغائب ، ولا يمين عليهما لأنه لا يستحلف إلا من كان خصما كذا فى الخانية ، وهذا يستثنى من قولهم كل من أقر بشىء لزمه ، فإذا أنكره يحلف بحر . ولو قال : أوفيته فالظاهر أنه لا يمين لها عليه لأنها ليست خصما فى ذلك رملى ، ولو برهن على أن زوجها دفع لها قبل غيبته نفقة تكفيها أو أنه طلقها ومضت عدتها ينبغى قبوله فى حق منع ما تحت يده مقدسى . قلت : إلا أن تدعى ضياع مادفعه لها أو أنه لم يكفها تأمل (قوله وكفلها) لجواز أنه عجل لها النفقة أو كانت ناشزة أو مطلقة انقضت عدتها بحر (قوله فى الأصح) راجع لكل من قوله بما أخذته ، وقوله وجوبا لأن القاضى نصب ناظرا للعاجز فيجب عليه النظر إليه ومقابل الأول القول بأخذ كفيل بنفسها ، ومقابل الثانى قول الخصاف إنه حسن أفاده ح (قوله ويحلفها) كان الأولى تقديمه على الكفيل لأن القاضى يحلف أولا ثم يعطى النفقة ويأخذ الكفيل كما فى إيضاح الإصلاح اهـ ح (قوله أى مع الكفيل) على حذف مضاف أى مع أخذ الكفيل . وعبارة الزيلعى مع التكفيل (قوله وكذا كل آخذ نفقته) بتنوين آخذ ونصب نفقته على أنه مفعوله (قوله كابن الكمال) حيث قال ويحلفه : أى يحلف من يطلب النفقة ويكفله ، ونقل مثله فى البحر عن المستصفى . قال فى الشرنبلالية : ولكنه لو كان صغيرا كيف يحلف فلينظر اهـ .

قلت : الظاهر أنه يحلف أمه أن أباه مادفع لها نفقته فافهم . وفى البحر : وهذا يدل على أنه يؤخذ الكفيل من الوالدين أيضا ، وهو الظاهر لأنه أنظر للغائب .

وقد يقال : إنما يؤخذ من الوالدين لاحتمال التعجيل ، وقدمنا أن النفقة المعجلة للقريب إذا هلكت أو سرقت يقضى له بأخرى ، بخلاف الزوجة فليس فى تكفيله احتياط للغائب ، لأنه لو ادعى هلاكها قبل منه اهـ . وفيه أنه قد يدعى عدم الأخذ دون الهلاك ، فكان الاحتياط فى تكفيله فافهم (قوله ولا كانت ناشزة) كذا فى البحر ، والأولى ولا هى ناشزة الآن لأنها لو كانت ناشزة ثم عادت لبيته ولو بعد غيبته عادت نفقتها كما مر (قوله طولبت هى أو كفيلها) أى يخير الزوج بين مطالبتها ومطالبة كفيلها (قوله وكذا) أى يخير الزوج أيضا إذا استحلفها ونكلت ، ولو أقرت يأخذ منها دون الكفيل ، لأن الإقرار حجة قاصرة فيظهر فى حقها فقط بدائع ، ومثله فى القهستانى حيث قال : وإن حلفها فانكلت رجع على الكفيل أو الزوجة ، فإذا أقرت بأخذها يرجع عليها فقط كما فى شرح الطحاوى اهـ .

قلت : وهو مشكل ، فإن النكول إقرار أيضا ، فماوجه الفرق هنا ؟ وذكر فى الذخيرة : لو نكلت خير الزوج وإن لم ينكل الكفيل لأن النكول إقرار والأصيل إذا أقر بالمال لزم الكفيل وإن جحد الكفيل اهـ وهذا يقتضى ثبوت التخيير فيهما . ولا إشكال فيه ، لكن اعترض فى البحر على قوله والأصيل إذا أقر الخ بأن هذا فيما لو أقر بدين

ولو أقرت طولبت فقط (لا) تفرض على غائب (بإقامة) الزوجة (بينة على النكاح) أو النسب (ولا) تفرض أيضا (إن لم يخلف مالا فأقامت بينة ليفرض عليه ويأمرها بالاستدانة ولا يقضى به) لأنه قضاء على الغائب (وقال زفر يقضى بها) أى النفقة (لا به) أى بالنكاح (وعمل القضاة اليوم على هذا للحاجة ، فيفتى به) وهذا من الست التى يفتى بها بقول زفر

يجب كقوله ماثبت لك عليه أو ذاب ، أما لو أقر بدين قائم فى الحال كقوله كفلت بمالك عليه فلا يلزم الكفيل ، وهنا ضمن ما أخذته ثانيا فكان الدين قائما وقت الضمان فى ذمتها للحال فلا يلزم الكفيل . قال : فالحق ما فى المبسوط وشرح الطحاوى من أنها إذا أقرت بالأخذ يرجع عليها فقط اه .

قلت : لكن يعود الإشكال المار ، فقد علمت مما فى القهستانى أنه فى شرح الطحاوى فرق بين النكول والإقرار ، ولعل له وجها لم يظهر لنا فافهم (قوله ولو أقرت طولبت فقط) كذا فى بعض النسخ ، وهو موافق لما ذكرناه . وفى بعضها : ولو حلفت وكأنه فهمه مما فى البحر عن الذخيرة ، فإن لم يكن للزوج بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شىء على الكفيل فإنه يوهم أن عليها شيئا ، وليس بمراد بل المراد أنه لايحلف الكفيل أيضاً بل حلفها يكفى عنها وعنه فى دفع المطالبة ، كما أفاده بعض المحشين وهو كلام جيد ، إذ لو كان عليها شىء فما فائدة التحليف ويلزم أن يقول القول للزوج بلا بينة ، ولا يخفى فساده (قوله بإقامة الزوجة بينة على النكاح أو النسب) هذا محترز ماتقدم من اشتراط إقرار المودع أو المديون بالزوجية أو النسب أو علم القاضى بذلك ، كما أشار إليه بقوله فيما مر ، ولا يمين ولا بينة هنا . قال ح : وكان المناسب لقوله أو النسب أن يقول قبله لاتفرض على غائب بإقامة الزوجة أو القريب ولادا كما لايخفى (قوله إن لم يخلف مالا) أى إن لم يترك مالا فى بيته ولا عند مودع ولا على مديون ، وهذا محترز قوله فى مال له . قال فى الذخيرة : إنه إذا لم يكن للزوج مال حاضر وأرادت إقامة بينة على النكاح أو كان القاضى يعلم به وطلبت أن يفرض لها النفقة ويأمرها بالاستدانة لايجيبها إلى ذلك خلافا لزفر (قوله ويأمرها) بالنصب عطفا على يفرض ، وقوله ولا يقضى به : أى بالنكاح عطفا على قوله لاتفرض ح (قوله يقضى بها) وتعطاها من ماله إن كان له مال وإلا تؤمر بالاستدانة ، ولا تحتاج إلى بينة على أنه لم يخلف نفقة بحر (قوله للحاجة) لأن الزوج كثيرا مايغيب ويتركها بلا نفقة خصوصا فى زماننا هذا . قال الزيلعى لأن فى قبول البينة بهذه الصفة نظرا لها ، وليس فيه ضرر على الغائب ، لأنه لو حضر وصدقها أو أثبتت ذلك بطريقة كانت آخذة لحقها وإلا فيرجع عليها أو على الكفيل (قوله فيفتى به) وهو الأصح كما فى البرهان . وقال الخصاف : وهذا أرفق بالناس كما فى النهر ، وهو المختار كما فى ملتقى الأبحر وفى غيره ، وبه يفتى شرنبلالية ، واستحسنه أكثر المشايخ فيفتى به شرح مجمع (قوله وهذا من الست التى يفتى بها بقول زفر) أوصلها الحموى إلى خمس عشرة مسألة ، ونظمها فى قصيدة إحداها هذه ٢ قعود المريض فى الصلاة كهيئة المتشهد ٣ قعود المتنفل كذلك ٤ تغريم من سعى إلى ظالم يبرىء فغرمه ٥ لابد فى دعوى العقار من بيان حدوده الأربع ٦ قبول شهادة الأعمى فيما فيه تسامع ٧ الوكيل بالخصومة لايملك قبض المال ٨ لايسقط خيار المشترى برؤية الدار من صحنها ٩ لايسقط خياره برؤية الثوب مطويا ١٠ يشترط تسليم الكفيل المكفول عنه فى مجلس الحكم ١١ إذا تعيب المبيع يجب على المرابح بيان أنه اشتراه سليما بكذا ١٢ تأخير الشفيع الشفعة شهرا بعد الإشهاد يبطلها ١٣ إذا أوصى بثلث نقده وغنمه فضاع الثلثان فله ثلث الباقى منهما ١٤ إذا قضى الغريم جيادا بدل زيوفه لايجبر على القبول ١٥ إذا أنفق الملتقط على اللقطة وحبسها للاستيفاء فهلكت سقط ماأنفقه اه .

قلت : ويجب إسقاط ثلاثة : وهى دعوى العقار ، وشهادة الأعمى والوصية بثلث النقد ، فإن المفتى به خلاف قول زفر فيها ، وهو قول أئمتنا الثلاثة وعليه المتون وغيرها كما نبه عليه سيدى عبد الغنى النابلسى فى شرحه على النظم المذكور هذا :

وقد زدت على ذلك ثمانى مسائل : ١ إذا قال أنت طالق واحدة فى ثنتين وأراد الضرب تقع ثنتان عنده ، ورجحه المحقق الكمال بن الهمام ، والإتقانى فى غاية البيان ٢ تعليق عتق العبد بقوله إن مت أو قتلت فأنت حر تدبير عنده ، ورجحه ابن الهمام ومن بعده ٣ النكاح المؤقت يصح عنده ، ورجحه ابن الهمام بإهمال التوقيت ٤ وقف الدراهم والدنانير يصح عند زفر ، وهى رواية الأنصارى عنه ، وعليها العمل اليوم فى بلاد الروم لتعارفه عندهم ، فهو فى الحقيقة وقف منقول فيه تعامل ، وسيأتى فى الوقف تحقيقه ٥ لو وجد فى بيته امرأة فى ليلة مظلمة ظنها امرأته فوطئها لايحد ، ولو نهارا يحد ، وهو قول زفر . وعن أبى يوسف يحد مطلقا . قال أبو الليث الكبير وبرواية زفر يؤخذ ، كذا فى التتارخانية ٦ لو حلف لايعير زيدا كذا فدفع لمأمور زيد لايحنث عند زفر ، وعليه الفتوى خلافا لأبى يوسف ، وهذا إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة ، بأن قال إن زيدا يستعير منك كذا ، وإلا حنث كما فى النهر وغيره ٧ جواز التيمم لمن خاف فوت الوقت إذا توضأ وهو قول زفر ، وقدمنا فى التيمم ترجيحه ، لكن مع الأمر بالإعادة احتياطا ٨ طهارة زبل الدواب على قول زفر يفتى بها فى محل الضرورة كمجرى مياه دمشق الشام كما حرره العمادى فى هديته وشرحها لسيدى عبد الغنى ، وتقدم بيانه فى الطهارة ، فصارت جملة المسائل عشرين مسألة بعد إسقاط الثلاثة المارة ، وقد نظمتها كذلك بقولى :

بحمد إله العالمين مبسملا ... أتوج نظمى والصلاة على العلا
وبعد فلا يفتى بما قاله زفر ... سوى صور عشرين تقسيمها انجلى
جلوس مريض مثل حال تشهد ... كذا من يصلى قاعدا متنفلا
وتقدير إنفاق لمن غاب زوجها ... بلا ترك مال منه ترجو تخوّلا
يرابح شارى ماتعيب عنده ... إذا قال إنى ابتعته سالم الحلى
وليس يلى قبضا وكيل خصومة ... ويضمن ساع بالبرىء تقوّلا
وتسليم مكفول بمجلس حاكم ... تحتم أن يشرط على من تكفلا
ويبقى خيار عند رؤية مشتر ... لثوب بلا نشر لمطويه جلا
كذا رؤية للبيت من صحن داره ... إذا لم يكن من داخل قد تأملا
قضاه جيادا عن زيوف أدانها ... فلا جبر إن لم يرض أن يتقبلا
مبادر إشهاد على أخذ شفعة ... بتأخيره شهرا لذلك أبطلا
نوى لقطة فى حال حبس لأخذ ما ... صرفت عليها مسقط ذا مكملا
وزد ضرب حساب أراد مطلق ... يصح بترجيح الكمال تعدلا
ورجح أيضا عقد تدبير عبده ... بترديده بالقتل والموت فانقلا
وأيضا نكاحا فيه توقيت مدة ... يصح وذا التوقيت يجعل مرسلا
ووقف دنانير أجز ودراهم ... كما قاله الأنصارى دام مبجلا

وعليه ، ولو غاب وله زوجة وصغار تقبل بينتها على النكاح إن لم يكن عالما به ثم يفرض لهم ثم يأمرها بالإنفاق أو الاستدانة لترجع بحر .

(و) تجب (لمطلقة الرجعي والبائن والفرقة بلا معصية كخيار عتق ، وبلوغ وتفريق بعدم كفاءة النفقة والسكنى والكسوة) إن طالت المدة ،

وواطئ من قد ظنها زوجة إذا ... أتته بليل حده صار مهملا
ويحنث فى والله لست معير ذا ... لزيد إذا أعطى لمن جاء مرسلا
لمن خاف فوت الوقت ساغ تيمم ... ولكن ليحتط بالإعادة غاسلا
طهارة زبل فى محل ضرورة ... كمجرى مياه الشام صينت من البلا
فهاك عروسا بالجمال تسربلت ... وجاءت عقود الدر فى جيدها حلى
وصلى على ختم النبيين ربنا ... وآل وأصحاب ومن بالتقى علا

(قوله وعليه الخ) أى على قول زفر ، وهذا تفريع من صاحب البحر (قوله تقبل بينتها على النكاح) أى لا ليقضى به بل ليفرض لها النفقة ، ولم يذكر البينة على النسب ؛ إما اختصارا ، أو لأنها حيث قامت على النكاح تكون قائمة على النسب ضمنا لقيام الفراش تأمل (قوله إن لم يكن عالما به) إذ لو كان عالما لم يحتج إلى بينة وتكون المسألة على قول أئمتنا الثلاثة كما مر (قوله ثم يفرض لهم) أى للزوجة والصغار بحر (قوله ثم يأمرها بالإنفاق أو الاستدانة) عبارة البحر : ثم يأمرها بالاستدانة ، وبه علم أن المناسب عطف الاستدانة بالواو كما يوجد فى بعض النسخ لأنها لو لم تستدن ومضت مدة تسقط نفقة غير الزوجة ولو بعد القضاء كما مر ، لكن سيأتى أن الزيلعى جعل الصغير كالزوجة فى عدم السقوط بالمضى ، بخلاف بقية الأقارب ، ويأتى تمام الكلام عليه .

مطلب فى نفقة المطلقة

(قوله وتجب لمطلقة الرجعى والبائن) كان عليه إبدال المطلقة بالمعتدة ، لأن النفقة تابعة للعدة ، وقيد بالرجعى والبائن احترازا عما لو أعتق أم ولده فلا نفقة لها فى العدة كما فى كافى الحاكم ، وعما لو كان النكاح فاسدا ففى البحر لو تزوجت معتدة البائن وفرق بعد الدخول فلا نفقة على الثانى لفساد نكاحه ولا على الأول إن خرجت من بيته لنشوزها . وفى المجتبى : نفقة العدة كنفقة النكاح . وفى الذخيرة : وتسقط بالنشوز وتعود بالعود ، وأطلق فشمل الحامل وغيرها والبائن بثلاث أو أقل كما فى الخانية ، ويستثنى مالو خالعها على أن لا نفقة لها ولا سكنى فلها السكنى ومن النفقة كما مر فى بابه ويأتى قريبا (قوله والفرقة بلا معصية) أى من قبلها ، فلو كانت بمعصيتها فليس لها سوى السكنى كما يأتى :

قال فى البحر : فالحاصل أن الفرقة إما من قبله أو من قبلها ، فلو من قبله فلها النفقة مطلقا سواء كانت بمعصية أو لا طلاقا أو فسخا ، وإن كانت من قبلها فإن كانت بمعصية فلا نفقة لها ولها السكنى فى جميع الصور اهـ ملخصا (قوله وتفريق بعدم كفاءة) ومثله عدم مهر المثل . ولا يخفى أن هذا فى البالغة التى زوّجت نفسها بلا ولى ، فإن العقد يصح فى ظاهر الرواية ، وللولى حق الفسخ ، لكن المفتى به الآن بطلانه كالصغيرة التى زوجها غير الأب والجد غير كفء أو بدون مهر المثل ، وهذا كله فيما بعد الدخول ، أما قبله فلا نفقة لعدم العدة (قوله النفقة الخ) بالرفع فاعل تجب (قوله والسكنى) يلزم أن تلزم المنزل الذى يسكنان فيه قبل الطلاق قهستانى ، وتقدم الكلام عليه فى باب العدة (قوله إن طالت المدة) أشار إلى الاعتذار عن محمد حيث لم يذكر الكسوة ، وذلك لأن العدة

ولا تسقط النفقة المفروضة بمضى العدة على المختار بزازية ؛ ولوادعت امتداد الطهر فلها النفقة مالم يحكم بانقضائها مالم تدع الحبل فلها النفقة إلى سنتين منذ طلقها ، فلو مضتا ثم تبين أن لاحبل فلارجوع عليها وإن شرط لأنه شرط باطل بحر ؛ ولو صالحها عن نفقة العدة إن بالأشهر صح ، وإن بالحيض لاللجهالة (لا) تجب النفقة بأنواعها (لمعتدة موت مطلقا) ولو حاملا (إلا إذا كانت أم ولد وهى حامل) من مولاها فلها النفقة من كل المال جوهرة .

لاتطول غالبا فيستغنى عنها ، حتى لو احتاجت إليها لطول المدة كممتدة الطهر يجب (قوله ولا تسقط النفقة الخ) أى إذا مضت مدة العدة ولم تقبضها فلها أخذها لو مفروضة أى أو مصطلحا عليها ، لكن لو مستدانة بأمر القاضى فلا كلام ، وإلا ففيه خلاف اختار الحلوانى أنها لاتسقط أيضا ، وأشار السرخسى إلى أنها تسقط . وفى الذخيرة وغيرها أنه الصحيح ؛ قال فى البحر : وعليه فلابد من إصلاح المتون ، فإنهم صرحوا بأن النفقة تجب بالقضاء أو الرضا وتصير دينا ، وهنا لاتصير دينا إلا إذا لم تنقض العدة لكن فى النهر أن إطلاق المتون يشهد لما اختاره الحلوانى. قلت : وظاهر الفتح اختياره حيث اقتصر عليه (قوله فلها النفقة) أى يكون القول قولها فى عدم انقضائها مع يمينها ولها النفقة كما فى البحر (قوله مالم يحكم بانقضائها) فإن حكم به ، بأن أقام الزوج بينة على إقرارها به برئ منها كما فى البحر ح (قوله مالم تدّع الحبل) فى بعض النسخ : ومالم تدع بالعطف على مالم يكن(١) وهى الصواب ، لأنها إذا أقرت بانقضاء عدتها فى مدة تحتمله ثم ولدت لايثبت النسب ، فكيف تجب النفقة ؟ نعم يثبت لو ولدت لأقل من أقله من حين الإقرار ولأقل من أكثره من حين الطلاق لظهور كذبها فى الإقرار كما مر فى بابه ، ولايمكن حمله على هذا لأنه ينافيه قوله فلها النفقة إلى سنتين . وعبارة البحر : وإن ادعت حبلا الخ ولا غبار عليها (قوله فلا رجوع عليها) أى إذا قالت ظننت الحبل ولم أحض وأنا ممتدة الطهر وقال الزوج قد ادعيت الحبل وأكثره سنتان ، فلا يلتفت إلى قوله وتلزمه النفقة حتى تحيض ثلاثا أو تبلغ سن اليأس وتمضى بعده ثلاثة أشهر ، وتمامه فى البحر ، فلو أقرت أن عدتها انقضت منذ كذا وأنها لم تكن حاملا رجع عليها بما أخذت بعد انقضائها كما لايخفى .

[فرع] فى الخلاصة : عدة الصغيرة ثلاثة أشهر إلا إذا كانت مراهقة فينفق عليها مالم يظهر فراغ رحمها ،كذا فى المحيط اه من غير ذكر خلاف وهو حسن ، كذا فى الفتح ، وقدمناه فى العدة بأبسط مما هنا (قوله وإن شرط الخ) ذكر فى البحر جوابا عن حادثة فى زمانه (قوله وإن بالحيض لاللجهالة) أى لاحتمال أن يمتد الطهر بها ، كذا فى الفتح ، ومقتضاه أن الحامل كذلك هذا .

ويرد على التعليل المذكور أن جهالة المصالح عنه لاتضر ، ثم رأيت المقدسى فى باب الخلع اعترض كذلك ؛ وقد يجاب بأن المراد جهالة مايثبت فى الذمة ، بخلاف الدين الثابت فى الذمة إذا صولح عنه فإن جهالته لاتضر تأمل (قوله ولو حاملا) قال القهستانى : وقيل للحامل النفقة فى جميع المال كما فى المضمرات ح (قوله من مولاها) ليس هذا من كلام الجوهرة ، بل ذكره فى النهر حيث قال : وينبغى أن يكون معناه إذا حبلت أمة من سيدها واعترف بأن الحمل منه لكنها لم تلد إلا بعد الموت اه .

ثم اعلم أن استثناء هذه المسألة تبع فيه المصنف صاحب الجوهرة وقال إنها واردة على كثير من المتون . واعترضه الرحمتى بأنه لم يذكرها إلا صاحب الجوهرة أو من تابعه ، وهذه العبارة الشاذة لاتعارض المتون الموضوعة لنقل المذهب مع أنه لاوجه لها ، لأن أم الولد تعتق بموته وتصير أجنبية عنه فلا وجه لإيجاب نفقتها فى تركته .

قلت : ويؤيده مافى البدائع : إذا أعتقت أم الولد أو مات عنها مولاها فلا نفقة لها ولا سكنى ،لأن عدتها عدة

---

(١) (قوله المحشى على مالم يكن) سبق قلم ، وصوابه ما لم يحكم قاله نصر .

(وتجب السكنى) فقط (لمعتدة فرقة بمعصيتها) إلا إذا خرجت من بيته فلا سكنى لها فى هذه الفرقة قهستانى وكفاية (كردة) وتقبيل ابنه (لاغير) من طعام وكسوة ، والفرق أن السكنى حق الله تعالى فلا تسقط بحال ، والنفقة حقها فتسقط بالفرقة بمعصيتها (وتسقط النفقة بردتها بعد البت) أى إن خرجت من بيته وإلا فواجبة قهستانى (لابتمكين ابنه) لعدم حبسها ، بخلاف المرتدة ، حتى لو لم تحبس فلها النفقة إلا إذا لحقت بدار الحرب ثم عادت وتابت لسقوط العدة باللحاق لأنه كالموت بحر ، وهو مشير إلى أنه قد حكم بلحاقها وإلا فتعود نفقتها بعودها فليحفظ .

الوطء كعدة المنكوحة فاسدا . وقال فى موضع آخر : لانفقة لها إذا أعتقها وإن كانت ممنوعة من الخروج ، لأن هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح بل لتحصين الماء فأشبهت معتدة الفاسد . وفى الذخيرة : وكذا لو مات عنها لانفقة فى تركته ، ولكن إن كان لها ولد فنفقتها عليه ولو صغيرا ، فهذه العبارات تشمل الحامل وغيرها ، وإذا كانت معتدة الموت من نكاح صحيح لانفقة لها ولو حاملا فكيف الأمة التى عدتها عدة وطء لاعدة عقد ، فعلم أنه لاوجه لاستثنائها (قوله بمعصيتها) احتراز عن معصيته ؛ كتقبيله بنتها أو إيلائه أو ردته أو إبائه عن الإسلام ، وعما إذا لم يكن بمعصية منه ولا منها ؛ كخيار بلوغ ونحوه ووطء ابن الزوج لها مكرهة فإن النفقة واجبة لها بأنواعها كما مر (قوله قهستانى وكفاية) الأولى قهستانى عن الكفاية . وعبارته : وهذا إذا خرجت من بيته وإلا فواجب كما أشير إليه فى الكفاية اهـ ح (قوله كردة وتقبيل ابنه) أى كردتها وتقبيلها ابنه (قوله لاغيرها) بالرفع عطفا على السكنى (قوله والفرق) أى بين السكنى وغيرها . وعن هذا قال فى الذخيرة وغيرها : لو شرط فى الخلع أن لانفقة لها ولا سكنى فلها السكنى لاالنفقة ، لأن النفقة حقها ، والسكنى فى بيت العدة حقها وحق الشرع وإسقاطها لايعمل فى حق الشرع ، حتى لو شرط الزوج عدم مؤنة السكنى ورضيت السكنى فى بيتها أو فى بيت كانا يسكنان فيه بالكراء صح ولزمها الأجرة ، لأن ذلك محض حقها (قوله حق الله) أى من وجه حيث أوجب عليها القرار فى منزل الزوج وفيه حقها من وجه لوجوبه لها على الزوج (قوله بعد البت) أى الطلاق البائن بواحدة أو أكثر ، وتقييد الهداية بالثلاث اتفاق ؛ واحترز به عن معتدة الرجعى إذا طاوعت ابن زوجها أو قبلها بشهوة فلا نفقة لها لأن الفرقة لم تقع بالطلاق بل بمعصيتها بحر (قوله حتى لو لم تحبس فلها النفقة) يعنى إن بقيت فى بيته كما هو صريح عبارة القهستانى المارة ، وحينئذ يستغنى عن هذه الجملة بعبارة القهستانى ويقال بدلها ، فإن عادت إلى بيته عادت النفقة إلا إذا لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها ثم عادت اهـ ح .

والحاصل كما فى البحر أنه لافرق بين الردة والتمكين ، لأن المرتدة بعد البينونة لو لم تحبس لها النفقة كالممكنة والممكنة إذا لم تلزم بيت العدة لانفقة لها فليس للردة أو التمكين دخل فى الإسقاط وعدمه ، بل إن وجد الاحتباس فى بيت العدة وجبت وإلا فلا اهـ ومثله فى الفتح (قوله وهو مشير الخ) أى التعليل بأنه كالموت . قال فى الشرنبلالية وهو يشير إلى أنه قد حكم بلحاقها ، وهو محمل مافى الجامع من عدم عود النفقة بعد مالحقت وعادت ، ومحمل مافى الذخيرة من أنها تعود نفقتها بعودها على ما إذا لم يحكم بلحاقها توفيقا بينهما كما فى الفتح اهـ (قوله وإلا فتعود نفقتها بعودها) كالناشزة إذا عادت لزوال المانع ، بخلاف المبانة بالردة إذا أسلمت لاتعود نفقتها لسقوط نفقتها بمعصيتها والساقط لايعود بحر .

(وتجب) النفقة بأنواعها على الحر (لطفله) يعم الأنثى والجمع (الفقير) الحر ، فإن نفقة المملوك على مالكه والغنى فى ماله الحاضر ؛ فلو غائبا فعلى الأب ثم يرجع إن أشهد لا إن نوى إلا ديانة ؛ فلو كانا فقيرين فالأب يكتسب أو يتكفف وينفق عليهم ، ولو لم يتيسر أنفق عليهم القريب

مطلب الصغير والمكتسب نفقة فى كسبه لا على أبيه

(قوله بأنواعها) من الطعام والكسوة والسكنى ، ولم أر من ذكرهنا أجرة الطبيب وثمن الأدوية ، وإنما ذكروا عدم الوجوب للزوجة ، نعم صرحوا بأن الأب إذا كان مريضا أوبهزمانة يحتاج إلى الخدمة فعلى ابنه خادمه وكذلك الابن (قوله لطفله) هو الولد حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم ، ويقال جارية طفل وطفلة كذا فى المغرب . وقيل أول مايولد صبى ثم طفل ح عن النهر (قوله يعم الأنثى والجمع) أى يطلق على الأنثى كما علمته ، وعلى الجمع كما فى قوله تعالى - أوالطفل الذين لم يظهروا - فهومما يستوى فيه المفرد والجمع كالجنب والفلك والإمام - وجعلنا للمتقين إماما - ولاينافيه جمعه على أطفال أيضا كما جمع إمام على أئمة أيضا فافهم (قوله الفقير) أى إن لم يبلغ حد الكسب ، فإن بلغه كان للأب أن يؤجره أو يدفعه فى حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه لو كان ذكرا ، بخلاف الأنثى كما قدمه فى الحضانة عن المؤيدية . قال الخير الرملى : لواستغنت الأنثى بنحو خياطة وغزل يجب أن تكون نفقتها فى كسبها كما هو ظاهر ، ولا نقول تجب على الأب مع ذلك ، إلا إذا كان لايكفيها فتجب على الأب كفايتها بدفع القدر المعجوز عنه ، ولم أره لأصحابنا . ولا ينافيه قولهم بخلاف الأنثى ، لأن الممنوع إيجارها ، ولا يلزم منه عدم إلزامها بحرفة تعلمها اه أى الممنوع إيجارها للخدمة ونحوها مما فيه تسليمها للمستأجر بدليل قولهم لأن المستأجر يخلو بها وذا لايجوز فى الشرع ، وعليه فله دفعها لامرأة تعلمها حرفة كتطريز وخياطة مثلا (قوله على مالكه) أى لا على أبيه الحر أو العبد بحر (قوله والغنى فى ماله الحاضر) يشمل العقار والأردية والثياب ، فإذا احتيج إلى النفقة كان للأب بيع ذلك كله وينفق عليه لأنه غنى بهذه الأشياء بحر وفتح ، لكن سيذكر الشارح عند قوله ولكل ذى رحم محرم أن الفقير من تحل له الصدقة ولو له منزل وخادم على الصواب ، ويأتى تمام الكلام عليه (قوله فلو غائبا) أى فلو كان للولد مال لكنه غائب فنفقته على الأب إلى أن يحضر ماله ؛ وسئل الرملى عما إذا كان له غلة فى وقف : فأجاب بأنه لم يرمن صرح بالمسألة ؛ والظاهر أنه بمنزلة المال الغائب (قوله إن أشهد) أى على أنه ينفق عليه ليرجع ، وكالإشهاد الإنفاق بإذن القاضى كما فى البحر (قوله لا إن نوى) أى لايرجع إن نوى الرجوع بلا إشهاد ولا إذن قاض : أى لايصدق فى القضاء أنه نوى ذلك ، وإنما يثبت له الرجوع فيما بينه وبين ربه تعالى (قوله يكتسب أو يتكفف) قدم الكسب لأنه الواجب أولا ، إذ لايجوز التكفف : أى طلب الكفاف بمسألة الناس إلا عند العجز عن الاكتساب . قال فى الذخيرة : فإن قدر على الكسب تفرض النفقة عليه فيكتسب وينفق عليهم ، وإن عجز لكونه زمنا أو مقعدا يتكفف الناس وينفق عليهم كذا فى نفقات الخصاف . وذكر الخصاف فى أدب القضاء أنه فى هذه الصورة يفرضها القاضى على الأب ويأمر المرأة بالاستدانة على الزوج ، فإذا قدر طالبته بما استدانت عليه ، وكذا لو فرضها عليه ثم امتنع مع قدرته اه . وقال أيضا : وإن امتنع عن الكسب حبس ؛ بخلاف سائر الديون . ولا يحبس والد وإن علا فى دين ولده وإن سفل إلا فى النفقة لأن فيه إتلاف الصغير (قوله وينفق عليهم) أى على أولاده الصغار ؛ وقيل نفقتهم فى بيت المال بحر ؛ وفى القهستانى عن المحيط : وتفرض على المعسر بقدر الكفاية . وعلى الموسر بقدر ما يراه الحاكم (قوله ولو لم يتيسر) أى الإنفاق عليهم أو الاكتساب . قال فى الفتح : وإن لم يف كسبه بحاجتهم أو لم

ورجع على الأب إذا أيسر ذخيرة . ولو خاصمته الأم في نفقتهم فرضها القاضي وأمره بدفعها للأم ما لم تثبت خيانتها فيدفع لها صباحا ومساء أو يأمر من ينفق عليهم ، وصح صلحها عن نفقتهم ولو بزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير ، وإن لم تدخل طرحت ، ولو على مالا يكفيهم زيدت بحر ؛ ولو ضاعت رجعت بنفقتهم دون حصتها . وفي المنية : أب معسر وأم موسرة تؤمر الأم بالإنفاق ويكون دينا على الأب وهي أولى من الجد الموسر ،

يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب الخ ؛ ومثله في البحر. وظاهره أن إنفاق القريب يثبت بمجرد عجز الأب عن الكسب ؛ وينافيه مامر من أنه إذا عجز عنه يتكفف ؛ ولعل المراد أنه يتكفف إن لم يوجد قريب ينفق عليهم ، وبه يجمع بين الروايتين المنقولتين آنفا عن الخصاف ؛ لكن في الثانية أمر الزوجة بالاستدانة ؛ والظاهر أنه محمول على ما إذا كانت معسرة ؛ فلو موسرة تنفق من مالها لترجع ؛ ويأتي قريبا أنها أولى بالتحمل من سائر الأقارب .

مطلب الكلام على نفقة الأقارب

(قوله ورجع على الأب إذا أيسر) في جوامع الفقه : إذا لم يكن للأب مال والجد أو الأم أو الخال أو العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الأب إذا أيسر ، وكذا يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب ؛ فإن كان له أم موسرة فنفقته عليها ؛ وكذا إن لم يكن له أب إلا أنها ترجع في الأول اه فتح .

قلت : وهذا هو الموافق لما يأتي من أنه لايشارك الأب في نفقة أولاده أحد فلا يجعل كالميت بمجرد إعساره لتجب النفقة على من بعده بل تجعل دينا عليه ؛ وسيذكر الشارح تصحيح خلافه وأنه لا بد من إصلاح المتون ؛ ويأتي الكلام فيه ؛ وهذا إذا لم يكن الأب زمنا عاجزا عن الكسب وإلا قضى بالنفقة على الجد اتفاقا لأن نفقة الأب حينئذ واجبة على الجد ؛ فكذا نفقة الصغار . ولا يخفى أن كلامنا الآن في الأب العاجز عن الكسب تأمل (قوله ولو خاصمته الأم) أي بأن شكت منه أن لا ينفق أو أنه يقتر عليهم (قوله ما لم تثبت خيانتها) أي إنه لايقبل قوله إنها لاتنفق أو تضيق عليهم لأنها أمينة ؛ ودعوى الخيانة على الأمين لاتسمع بلاحجة فيسأل القاضي جيرانها ممن يداخلها ؛ فإن أخبروه بما قال الأب زجرها ومنعها عن ذلك نظرا لهم ذخيرة (قوله فيدفع لها الخ) هذا نقله في الذخيرة عن بعض المشايخ عقب مامر فقال : إن شاء القاضي دفعها إلى ثقة يدفع لها صباحا ومساء ولا يدفع إليها جملة ؛ وإن شاء أمر غيرها لينفق عليهم (قوله وصح صلحها) قيل في وجهه إن الأب هو العاقد من الجانبين ، وقيل من جانب نفسه والأم من جانب الصغار لأن نفقتهم من أسباب الحضانة وهي للأم ذخيرة (قوله تدخل تحت التقدير) تفسير لليسيرة ، وذلك كما لو وقع الصلح على عشرة ، وإذا نظر الناس فبعضهم يقدر الكفاية بعشرة وبعضهم بتسعة ، بخلاف ما لو وقع الصلح على خمسة عشر أو على عشرين فإن الزيادة حينئذ تطرح عن الأب :

قلت : وتقدم متنا أنه لو صالح على نفقة الزوجة ثم قال لا أطيق ذلك فهو لازم إلا إذا تغير سعر الطعام الخ . والفرق ما قدمناه من أن النفقة في حق القريب باعتبار الحاجة والكفاية ، وفي حق الزوجة معارضته عن الاحتباس ، ولذا لو مضى الوقت وبقي منها شيء يقضى بأخرى لها لا له وكذا لو ضاعت (قوله زيدت) أي إلى قدر الكفاية (قوله ولو ضاعت الخ) الفرق ما ذكرناه آنفا (قوله وهي أولى من الجد الموسر) أي لو كان مع الأم الموسرة جد موسر أيضا تؤمر الأم بالإنفاق من مالها لترجع على الأب ، ولا يؤمر الجد بذلك لأنها أقرب إلى الصغير فالأم أولى بالتحمل من سائر الأقارب ، وتمامه في البحر عن الذخيرة .

وفيها : لانفقة على الحر لأولاده من الأمة ولا على العبد لأولاده ولو من حرة ، وعلى الكافر نفقة ولده المسلم ، وسيجيء بحر .

(وكذا) تجب (لولده الكبير العاجز عن الكسب) كأنثى مطلقا وزمن ومن يلحقه العار بالتكسب وطالب علم لايتفرغ لذلك ، كذا فى الزيلعى والعينى . وأفتى أبو حامد بعدمها لطلبة زماننا كما بسطه فى القنية ، ولذا قيده فى الخلاصة بذى رشد (لايشاركه) أى الأب

قلت : اعلم أنه إذا مات الأب فالنفقة على الأم والجد على قدر ميراثهما أثلاثا فى ظاهر الرواية ، وفى رواية على الجد وحده كما سيأتى . وأما إذا كان الأب معسرا فهى على الأب وتستدينها الأم عليه لأنها أقرب من الجد ، هذا على ظاهر المتون كما قدمناه ، وأما على ما يأتى تصحيحه من أن المعسر يجعل كالميت فمقتضاه أنها تجعل عليهما أثلاثا تأمل (قوله لأولاده من الأمة) بل نفقتهم على سيد الأمة إلا أن يشترط الزوج حريتهم فنفقتهم عليه ، والمراد بالأمة غير المكاتبة ، أما هى فنفقتهم عليها لتبعيتهم لها فى الكتابة ط وتقدمت المسألة (قوله ولو من حرة) بل النفقة عليها ، وإن كانت أمة لمولاه فنفقة الجميع عليه ، أو لغيره فنفقتهم على مولى الأم كما علمت . ونفقة العبد على مولاه (قوله وعلى الكافر الخ) فى الجوهرة : ذمى تزوج ذمية ثم أسلمت ولها منه ولد يحكم بإسلام الولد تبعا لها ونفقته على الأب الكافر ، وكذا الصبى إذا ارتد فارتداده صحيح عند أبى حنيفة ومحمد ، ونفقته على الأب اهـ (قوله وسيجىء) يأتى ذلك فى عموم قول المصنف ولا نفقة مع الاختلاف دينا إلا للزوجة والأصول والفروع الذميين (قوله لولده الكبير الخ) فإذا طلب من القاضى أن يفرض له النفقة على أبيه أجابه ويدفعها إليه لأن ذلك حقه وله ولاية الاستيفاء ذخيرة ، وعليه فلو قال له الأب أنا أطعمك ولا أدفع إليك لا يجاب ، وكذا الحكم فى نفقة كل محرم بحر (قوله كأنثى مطلقا) أى ولو لم يكن بها زمانة تمنعها عن الكسب فمجرد الأنوثة عجز إلا إذا كان لها زوج فنفقتها عليه مادامت زوجة وهل إذا نشزت عن طاعته تجب لها النفقة على أبيها محل تردد فتأمل ، وتقدم أنه ليس للأب أن يؤجرها فى عمل أو خدمة ، وأنه لوكان لها كسب لا تجب عليه (قوله وزمن) أى من به مرض مزمن ، والمراد هنا من به مايمنعه عن الكسب كعمى وشلل ، ولو قدر على اكتساب ما لا يكفيه فعلى أبيه تكميل الكفاية (قوله ومن يلحقه العار بالتكسب) كذا فى البحر والزيلعى .

واعترضه الرحمتى بأن الكسب لمؤنته ومؤنة عياله فرض فكيف يكون عارا ؟ الأولى مافى المنح عن الخلاصة إذا كان من أبناء الكرام ولا يستأجره الناس فهو عاجز اهـ ومثله فى الفتح ، وسيأتى تمامه (قوله كما بسطه فى القنية) حاصله أن السلف قالوا بوجوب نفقته على الأب ، لكن أفتى أبوحامد بعدمه لفساد أحوال أكثرهم ، ومن كان بخلافهم نادر فى هذا الزمان فلايفرد بالحكم دفعالحرج التمييز بين المصلح والمفسد . قال صاحب القنية : لكن بعد الفتنة العامة يعنى فتنة التاتار التى ذهب بها أكثر العلماء والمتعلمين نرى المشتغلين بالفقه والأدب اللذين هماقواعد الدين وأصول كلام العرب يمنعهم الاشتغال بالكسب عن التحصيل ويؤدى إلى ضياع العلم والتعطيل ، فكان المختار الآن قول السلف ، وهفوات البعض لا تمنع الوجوب كالأولاد والأقارب اهـ ملخصا ، وأقره فى البحر .

وقال ح : وأقول الحق الذى تقبله الطباع المستقيمة ولا تنفر منه الأذواق السليمة القول بوجوبها لذى الرشد لا غيره ، ولا حرج فى التمييز بين المصلح والمفسد لظهور مسالك الاستقامة وتمييزه عن غيره ، وبالله التوفيق (قوله ولذا الخ) أى لكونها لاتجب لطلبة زماننا الغالب عليهم الفساد (قوله لا يشاركه) جملة استئنافية أو حالية

ولو فقيرا (أحد فى ذلك كنفقة أبويه وعرسه) به يفتى مالم يكن معسرا فيلحق بالميت، فتجب على غيره بلا رجوع عليه على الصحيح من المذهب إلا لأم موسرة بحر . قال : وعليه فلابد من إصلاح المتون جوهرة :

من الضمير المضاف إليه فى تجب لطفله الفقير الخ تأمل (قوله ولو فقيرا) هذا مجاراة لظاهر إطلاق المصنف الأب تبعا لإطلاق المتون فلا ينافيه قوله مالم يكن معسرا تأمل (قوله فى ذلك) أى فى نفقة طفله وولده الكبير العاجز عن الكسب (قوله كنفقة أبويه وعرسه) أى كما لايشاركه أحد فى نفقة أبويه ولا فى نفقة زوجته (قوله به يفتى) راجع إلى مسألة الفروع ، ومقابله ما روى عن الإمام أن نفقة الولد على الأب والأم أثلاثا يعنى الكبير ، أما الصغير فعلى أبيه خاصة بلا خلاف : قال الشرنبلالى : ووجه الفرق أنه اجتمع للأب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره فاختص بلزوم نفقته عليه ، ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فتشاركه الأم اه ط وصرح العلامة قاسم بأن عدم الفرق بينهما هو ظاهر الرواية ، وبأن عليه الفتوى فلذا تبعه الشارح (قوله مالم يكن معسر الخ) الضمير راجع للأب :

قال فى الذخيرة : ولو كان للفقير أولاد صغار وجد موسر يؤمر الجد بالإنفاق صيانة لولد الولد ويكون دينا على الدهم هكذا ذكر القدورى ، فلم يجعل النفقة على الجد حال عسرة الأب ، وهذا قول الحسن بن صالح . والصحيح فى المذهب أن الأب الفقير يلحق بالميت فى استحقاق النفقة على الجد ، وإن كان الأب زمنا يقضى بها على الجد بلا رجوع اتفاقا ، لأن نفقة الأب حينئذ على الجد فكذا نفقة الصغار اه :

وقال فى الذخيرة أيضا قبل هذا : ولو لهم أم موسرة أمرت أن تنفق عليهم فيكون دينا ترجع به على الأب إذا أيسر وهى أولى بالتحمل من سائر الأقارب الخ :

قال فى البحر : وحاصله أن الوجوب على الأب المعسر إنما هو إذا أنفقت الأم الموسرة ، وإلا فالأب كالميت والوجوب على غيره لو كان ميتا ولا رجوع عليه فى الصحيح . وعلى هذا فلابد من إصلاح المتون والشروح كما لا يخفى اه أى لأن قول المتون والشروح : إن الأب لايشاركه فى نفقة ولده أحد يقتضى أنه لو كان معسرا وأمر القاضى غيره بالإنفاق يرجع سواء كان أما أو جدا أو غيرهما ، إذا لو لم يرجع عليه لحصلت المشاركة ٧ وأجاب المقدسى بحمل ما فى المتون على حالة اليسار ، لكن قال الرملى : لاحاجة إلى ذلك لأن ما فى المتون مبنى على الرواية الثانية ، وقد اختارها أهل المتون والشروح مقتصرين عليها اه :

قلت : وعلى هذا فلا فرق بين كون المنفق أما أو جدا أو غيرهما فى ثبوت الرجوع على الأب ، مالم يكن الأب زمنا فإنه حينئذ يكون فى حكم الميت اتفاقا ، وقدمنا عن جوامع الفقه ما يؤيد ما فى المتون ، ومثله ما فى الخانية من أن نفقة الصغار والإناث المعسرات على الأب لايشاركه فى ذلك أحد ولا تسقط بفقره اه ؛ وكذا ما فى البدائع من قوله وإن كان لهم جد موسر لم تفرض عليه بل يؤمر بها ليرجع على الأب ، لأنها لا تجب على الجد عند وجود الأب القادر على الكسب ؛ ألا ترى أنه لايجب على الجد نفقة ابنه المذكور فنفقة أولاده أولى ، نعم لو كان الأب زمنا قضى بنفقتهم ونفقة الأب على الجد اه . على أن ما صححه فى الذخيرة يرد عليه تسليمه رجوع الأم مع أنها أقرب إلى أولادها من الجد والعم والخال ، فكيف يرجع الأقرب دون الأبعد . ومسألة رجوع الأم منصوص عليها فى كافى الحاكم وغيره ، وهى تثبت رجوع غيرها بالأولى ، وهذا مؤيد لما فى المتون والشروح كما لا يخفى فافهم :

[تنبيه] فى البحر : الفقير لايجب عليه نفقة غير الأصول والفروع والزوجة اه وشمل الفروع الولد الكبير العاجز والأنثى ، وتقدم آنفا فى عبارة الخانية (قوله جوهرة) كذا فى عامة النسخ ولا وجه له ، فإن هذا الكلام

[فروع] لو لم يقدر إلا على نفقة أحد والديه فالأم أحق ، ولو له أب وطفل فالطفل أحق به ، وقيل يقسمها فيهما وعليه نفقة زوجة أبيه وأم ولده بل وتزويجه أو تسرّيه ، ولو له زوجات فعليه نفقة واحدة يدفعها للأب ليوزعها عليهن .

وفى المختار والملتقى : ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان صغيرا فقيرا أو زمنا .

وفى واقعات المفتين لقدرى أفندى : ويجبر الأب

لم ينقله فى البحر عن الجوهرة ولا هو موجود فيها . وفى نسخة الرحمتى : وفى الجوهرة فروع الخ وهى الصواب ، فإن هذه الفروع إلى قوله . وفى المختار ذكرها فى الجوهرة فيكون الجار والمجرور خبرا مقدما وفروع مبتدأ مؤخرا (قوله فالأم أحق) لأنها لا تقدر على الكسب . وقال بعضهم : الأب أحق لأنه هو الذى يجب عليه نفقة الابن فى صغره دون الأم ، وقيل يقسمها بينهما جوهرة .

قلت : ويؤيد الأول ما رواه أحمد وأبو داود والترمذى وحسنه عن معاوية القشيرى « قلت يارسول الله من أبر ؟ قال أمك ، قلت : ثم من ؟ قال أمك (١) . قلت ، ثم من ؟ قال : أباك ، ثم الأقرب فالأقرب » أورد الحديث فى الفتح (قوله وقيل يقسمها فيهما) أى فى المسألتين .

مطلب فى نفقة زوجة الأب

(قوله وعليه نفقة زوجة أبيه) أى فى رواية . وفى أخرى إن كان الأب مريضا أو به زمانة يحتاج للخدمة . قال فى المحيط : فعلى هذا لا فرق بين الأب والابن ، فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يجبر الأب على نفقة خادمه . قال فى البحر : وظاهر الذخيرة أن المذهب عدم وجوب نفقة امرأة الأب أو جاريته أو أم ولده حيث لم يكن بالأب علة ، وأن الوجوب مطلقا عن رواية أبى يوسف .

وفى حاشية الرملى : والذى تحرر من المذهب أنه لا فرق بين الأب والابن فى نفقة الخادم وأنه إذا احتاج أحدهما لخادم وجبت نفقته كما وجبت نفقة المخدوم فكان من جملة نفقته ، وإذا لم يحتج إليه فلا تجب عليه ، فاعلم ذلك واغتنمه فإنه كثير الوقوع ، والله سبحانه وتعالى أعلم اهـ .

قلت : بقى ما إذا كانت الزوجة أم الابن فهل تجب نفقتها فى هذه الحالة على الابن أم لا ؟ فإن كانت معسرة فالظاهر وجوبها عليه ، ولو لم يكن الأب محتاجا إليها لقولهم لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد ؛ وأما لو كانت موسرة والأب محتاج إليها فكذلك ، وإلا فالظاهر أنه يؤمر بها ليرجع على أبيه أو تنفق هى لترجع على الأب ، وهذا أقرب تأمل (قوله بل وتزويجه أو تسريه) ذكره فى الشرنبلالية أيضا عن الجوهرة ، وهو مخالف لما مر فى باب نكاح الرقيق ، وعزوناه إلى الزيلعى والدرر وشروح الهداية فيقدم على ما هنا (قوله فعليه نفقة واحدة) بالإضافة ، فلو موسرات فالوسط ، أو معسرات فالدون ، ولو مختلفات فالظاهر أنه يدفع نصف نفقة الوسط ونصف الدون أفاده ط (قوله ليوزعها عليهن) ولهن رفع أمرهن للقاضى ليأمرهن باستدانة الباقى من كفايتهن لتكون دينا على الزوج . وتجب الإدانة على من تجب عليه نفقتهن كما تقدم فافهم (قوله وفى المختار والملتقى الخ) هذا خلاف نص المذهب كما قدمناه أول الباب فافهم (قوله أو زمنا) أى أو كبيرا زمنا (قوله لقدرى أفندى) هو من متأخرى علماء الروم ، اسمه عبد القادر (قوله ويجبر الأب الخ) هذه العبارة فى القنية والمجتبى ، وقد علمت أن المذهب عدم

---

(١) (قوله أمك الخ) كذا بخط المحشى « أنه صلى الله عليه وسلم أجابه مرتين بقوله أمك » والذى فى الترمذى عن معاوية المذكور أجابه ثلاثا اهـ مصححه .

على نفقة امرأة ابنه الغائب وولدها ، وكذا الأم على نفقة الولد لترجع بها على الأب ، وكذا الابن على نفقة الأم ليرجع على زوج أمه ، وكذا الأخ على نفقة أولاد أخيه ليرجع بها على الأب ، وكذا الأبعد إذا غاب الأقرب انتهى .

وفى الفصولين من الرابع والثلاثين : أجنبى أنفق على بعض الورثة فقال أنفقت بأمر الموصى وأقرّ به الوصى ولا يعلم ذلك إلا بقول الوصى بعد ما أنفق يقبل قول الوصى لو المنفق عليه صغيرا اه . وفيه قال أنفق علىّ أو على

وجوب النفقة لزوجة الابن ولو صغيرا فقيرا ، فلو كان كبيرا غائبا بالأولى إلا أن يحمل على أن الوجوب هنا بمعنى أن الأب يؤمر بالإنفاق عليها ليرجع بها على الابن إذا حضر ، لكن تقدم أن زوجة الغائب يفرض القاضى لهاالنفقة على زوجها ويأمرها بالاستدانة وأنه تجب الإدانة على من تجب عليه نفقتها (قوله وكذا الأم الخ) أى إذا غاب الأب ولم يترك نفقة تجبر الأم على الإنفاق على الولد من مالها إن كان لها مال كما فى الخانية ، وقدم الشارح عن البحر تفريعا على قول زفر المفتى به أنها تقبل بينتها على النكاح إن لم يكن القاضى عالما به ثم يفرض لهم ويأمرها بالإنفاق والاستدانة لترجع اه .

ولا يخفى أن هذا كله فيما إذا لم يترك مالا عنده أو على من يقرّ به وبالزوجية والولاد ، وإلا فقد مر أنه يفرض لها فى ذلك المال ، وكذا لو ترك مالا فى بيته كما مر بيانه (قوله وكذا الابن) أى الموسر إذا غاب زوج أمه الفقيرة ، هذا ظاهر السياق لأن كلامه فى الغيبة ، ويحتمل أن يكون المراد ما إذا كان الزوج حاضرا وهو معسر ، لكن هذه تقدمت قبيل قوله قضى بنفقة الإعسار ، وهذا إذا كان زوجها غير أبيه ، فلو كان أباه وهو معسر فهل يرجع عليه إذا أيسر؟ قدمنا الكلام عليه قريبا (قوله وكذا الأخ الخ) الظاهر أنه مقيد بما إذا لم يكن للأولاد أم موسرة لما مر من أن الأم أولى بالتحمل من سائر الأقارب لأنها أقرب إلى أولادها (قوله وكذا الأبعد إذا غاب الأقرب) عطف عام على خاص ، فيشمل ما إذا كان الغائب ابنا أو أبا أو أما أو أخا والحاضر الموسر خال أو عم أو جد ، وقد استفيد مما هنا وكذا مما قدمناه عن جوامع الفقه أن الغيبة كالإعسار فى وجوب النفقة على الأبعد ورجوعه على الأقرب بعد حضوره أو يساره ، وليس الرجوع على الأب خاصا بالأم خلافا لقوله المار إلا الأم موسرة (قوله أجنبى أنفق الخ) ظاهره أنه أنفق من مال نفسه مع أنه ذكر فى جامع الفصولين قبيل هذه المسألة عن أدب القاضى : ادعى وصى أو قيم أنه أنفق من مال نفسه وأراد الرجوع فى مال اليتيم والوقف ليس له ذلك ، إذ يدعى دينا لنفسه على اليتيم والوقف فلا يصح بمجرد الدعوى ، فلو ادعى الإنفاق من مال الوقف واليتيم نفقة المثل فى تلك المدة صدق اه إلا أن يحمل على أن الأجنبى أنفق من مال اليتيم أو يفرق بين مال الأجنبى ومال الوصى ، لكن فيه إثبات دين للأجنبى على اليتيم بمجرد إقرار الوصى ، ولم أر صريحا صحته ، نعم فى القنية وغيرها : لو أنفق ماله على الصغير ولم يشهد ، فلو كان المنفق أبا لم يرجع وفى الوصى اختلاف اه وقدمنا فى باب المهر عند الكلام على ضمان الولى المهر أن اشتراط الإشهاد استحسان ، وعليه فلا فرق بين الوصى والأب إن كانت العادة أن الأب ينفق تبرعا ، ومر تمام الكلام هناك فراجعه ، وسيأتى أيضا آخر الكتاب إن شاء الله تعالى .

مطلب أمر غيره بالإنفاق ونحوه هل يرجع

(قوله وفيه الخ) أقول : فى الخانية ذكر فى الأصل إذا أمر صيرفيا فى المصارفة أن يعطى رجلا ألف درهم قضاء عنه أو لم يقل قضاء عنه ففعل يرجع على الآمر فى قول أبى حنيفة ، فإن لم يكن صيرفيا لا يرجع إلا أن يقول عنى ، ولو أمره بشرائه أو بدفع الفداء يرجع عليه استحسانا ، وإن لم يقل على أن ترجع على بذلك ، وكذا لو قال أنفق

عيالى أو على أولادى ففعل ، قيل يرجع بلا شرطه ، وقيل لا . ولو قضى دينه بأمره رجع بلا شرطه ، وكذا كل ماكان مطالبا به من جهةالعباد كجناية ومؤن مالية . ثم ذكر أن الأسير ومن أخذه السلطان ليصادره لو قال لرجل خلصنى فدفع المأمور مالا فخلصه ، قيل يرجع ، وقيل لا فى الصحيح به يفتى .

(وليس على أمه إرضاعه) قضاء بل ديانة (إلا إذا تعينت) فتجبر كما مر فى الحضانة ، وكذا الظئر تجبر على إبقاء الإجارة بزازية (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) لأن الحضانة لها والنفقة عليه ، ولا يلزم الظئر المكث

من مالك على عيالى أو فى بناء دارى يرجع بما أنفق ، وكذا لو قال اقض دينى يرجع على كل حال ، ولو قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع هو الصحيح اهـ .

قلت : والمراد بالصيرفى من يستدين منه التجار ويقبض لهم فيرجع بمجرد الأمر للعرف بأن ما يؤمر باعطائه هو دين على الآمر ، بخلاف غير الصيرفى فلا يرجع بقوله أعط فلانا كذا إلا بشرط الرجوع (قوله كجناية) الذى فى جامع الفصولين جباية بالباء بعد الجيم لا بالنون ، والمراد بها مايجبيه السلطان بحق أو بغيره ، وسيأتى فى كتاب الكفالة قبيل كفالة الرجلين أنه تجوز الكفالة بالنوائب ولو بغير حق ، كجبايات زماننا فإنها فى المطالبة كالديون بل فوقها (قوله ومؤن مالية) الظاهر أنه من عطف العام على الخاص لشموله مثل العشر والخراج ، لكن فى جامع الفصولين أيضا الأمر بإنفاق وأداء خراج وصدقات واجبة لا يوجب الرجوع بلا شرط إلا رواية عن أبى يوسف اهـ . وعليه فيكون عطف مرادف لئلا يشمل العشر والخراج (قوله ليصادره) أى ليأخذ منه ماله (قوله وقيل لا فى الصحيح) سيذكر الشارح فى كتاب الكفالة تصحيح الأول ، ومثله فى البزازية ، ويؤيده ما قدمناه عن الخانية من تصحيح الرجوع بلاشرط فى النائبة ، فإن الظاهر أن النائبة تشمل مسألة الأسير والمصادرة وقاضيخان من أجل من يعتمد على تصحيحه كما نص عليه العلامة قاسم ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى متفرقات البيوع .

مطلب فى إرضاع الصغير

(قوله وليس على أمه) أى التى فى نكاح الأب أو المطلقة ط (قوله إلا إذا تعينت) بأن لم يجد الأب من ترضعه أو كان الولد لا يأخذ ثدى غيرها ، وهذا هو الأصح ، وعليه الفتوى خانية ومجتبى ، وهو الأصوب فتح . وظاهر الكنز أنها لا تجبر وإن تعينت لتغذيه بالدهن وغيره . وفى الزيلعى وغيره : إنه ظاهر الرواية ، وبالأول جزم فى الهداية ، وتمامه فى البحر . وفيه عن الخانية : وإن لم يكن للأب ولا للولد مال تجبر الأم على إرضاعه عند الكل اهـ . قال : فمحل الخلاف عند قدرة الأب بالمال . قال الرملى : وما فى الخانية نقله الزيلعى عن الخصاف وزاد عليه قوله وتجعل الأجرة دينا على الأب اهـ .

قلت : ومثله فى المجمع وبه علم أنه لا منافاة بين إجبارها ولزوم الأجرة لها خلافا لما قدمه فى الحضانة عن الجوهرة ، ومر تمامه هناك (قوله وكذا الظئر الخ) فى البحر عن غاية البيان عن العيون عن محمد : فيمن استأجر ظئر الصبى شهرا فلما انقضى الشهر أبت أن ترضعه والصبى لايقبل ثدى غيرها ، قال : أجبرها أن ترضع اهـ فالمراد بابقاء الإجارة استدامة حكمها بعد مضى مدتها ؛ كما لومضت إجارة السفينة فى وسط البحر وهى فى الحقيقة إجارة مبتدأة . والظاهر أن مثلها ما إذا تعينت لإرضاعه قبل استئجارها فتجبر عليها وإن أمكن تغذيه بالدهن مثلا ، فإن فيه تعريضا لضعفه وموته ، وبهذا رجحوا إجبار الأم على ظاهر الرواية تأمل (قوله عندها) أى عند الأم . وظاهر التعاليل أن كل من ثبتت لها الحضانة فى حكم الأم ط (قوله ولا يلزم الظئر المكث الخ) أى بل لها أن ترضعه

عند الأم مالم يشترط فى العقد (لا) يستأجر الأب (أمه لو منكوحة) ولو من مال الصغير خلافا للذخيرة والمجتبى (أو معتدة رجعى) وجاز فى البائن فى الأصح جوهرة، كاستئجار منكوحته لولده من غيرها (وهى أحق) بإرضاع

ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغنى عنها من الزمان أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبى إلى أمه، أو تحمل الصبى معها إلى البيت نهر عن الزيلعى.

وحاصله أن الظئر مخيرة بين هذه الأمور إذا لم يشترط عليها المكث عند الأم، ومقتضاه أن الأم لو طلبت المكث عندها لا يلزم الظئر وإن كان ذلك حق الأم، فعلى الأب إحضار مرضعة ترضعه وهو عند أمه، لأن الظئر قد تغيب عند حاجة الولد إلى الرضاع ولا يمكن الأم إحضارها، وقد لاترضى بإخراج ولدها إلى فناء الدار (قوله لا يستأجر الأب أمه الخ) علله فى الهداية بأن الإرضاع مستحق عليها ديانة بقوله تعالى — والوالدات يرضعن — فلايجوز أخذ الأجر عليه. واعترضه فى الفتح بجواز أخذ الأجرة بعد انقضاء العدة مع أن الوجوب فى الآية يشمل ما قبل العدة وما بعدها ثم قال: والحق أنه تعالى أوجبه عليها مقيدا بإيجاب رزقها على الأب بقوله تعالى — وعلى المولود له رزقهن — ففى حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها، بخلاف ما بعدهما فيقوم الأجر مقامه اه.

قلت: وتحقيقه أن فعل الإرضاع واجب عليها ومؤنته على الأب لأنها من جملة نفقة الولد، ففى حال الزوجية والعدة هو قائم بتلك المؤنة لا بعد البينونة فتجب عليه بعدها وإن وجب على الأم إرضاعه، لقوله تعالى — لاتضار والدة بولدها — فإن إلزامها بإرضاعه مجانا مع عجزها وانقطاع نفقتها عن الأب مضارة لها، فساغ لها أخذ الأجرة بعد البينونة لأنها لا تجبر على إرضاعه قضاء، وامتناعها عن إرضاعه مع وفور شفقتها عليه دليل حاجتها ولايستغنى الأب عن إرضاعه عند غيرها، فكونه عند أمه بالأجرة أنفع له ولها إلا أن توجد متبرعة فتكون أولى دفعا للمضارة عن الأب أيضا (قوله خلافا للذخيرة والمجتبى) أى لصاحبيهما حيث قالا يجوز استئجارها من مال الصغير لعدم اجتماع الواجبين على الزوج وهما نفقة النكاح والإرضاع. قال فى النهر: والأوجه عندى عدم الجواز، ويدل على ذلك ما قالوه من أنه لو استأجر منكوحته لإرضاع ولده من غيرها جاز من غير ذكر خلاف لأنه غير واجب عليها مع أن فيه اجتماع أجرة الرضاع والنفقة فى مال واحد، ولو صلح مانعا لما جاز هنا فتدبره اه ح.

قلت: غاية ما استند إليه يفيد عدم تسليم التعليل المار، وأن اجتماع الواجبين على الزوج لا ينفى جواز الاستئجار. ولا يخفى أن هذا لا يثبت عدم الجواز فى المسألة الأولى لظهور الفرق بين المسألتين، فإنك قد علمت أن إرضاع الولد واجب على أمه ما دام الأب ينفق عليها: فلا يحل لها أخذ الأجرة مع وجوب نفقتها عليه، وفى أخذها الأجرة من مال الصغير أخذ للأجرة على الواجب عليها مع استغنائها، بخلاف أخذها على ولده من غيرها، فإن إرضاعه غير واجب عليها، فهو كأخذها الأجرة على إرضاع ولد لغير زوجها فإنه جائز وإن كان زوجها ينفق عليها.

والحاصل أن الفرق ظاهر بين أخذ الأجرة على إرضاع ولدها الواجب عليها وعلى إرضاع غيره، ولذا علل الثانية بأنه غير واجب عليها. وأيضا فقد نقل الحموى عن البرجندى معزيا للمنصورية أن الفتوى على الجواز أى الذى مشى عليه فى الذخيرة والمجتبى (قوله فى الأصح) وذكر فى الفتح عن بعضهم أنه ظاهر الرواية، ولكن ذكر أيضا أن الأوجه عدم الفرق بين عدة الرجعى والبائن وأن فى كلام الهداية إيماء إلى أنه المختار عنده، إذ من عادته تأخير وجه القول المختار، وكذا هو ظاهر إطلاق القدورى المعتدة. وفى النهر أنه رواية الحسن عن الإمام وهى الأولى اه. وفى حاشية الرملى على المنح عن التتارخانية وعليه الفتوى (قوله كاستئجار منكوحته الخ) أى فيجوز لأن إرضاعه غير واجب عليها كما مر (قوله وهى أحق) أى إذا طلبت الأجرة، ولذا قيده بقوله بعد العدة

ولدها بعد العدة (إذا لم تطلب زيادة على ماتأخذه الأجنبية) ولو دون أجر المثل ، بل الأجنبية المتبرعة أحق منها زيلعى أى فى الإرضاع ؛ أما أجرة الحضانة فللأم كما مر ، وللرضيع النفقة والكسوة ، وللأم أجرة الإرضاع بلا عقد إجارة ، وحكم الصلح كالاستئجار . وفى كل موضع جاز الاستئجار ووجبت النفقة لاتسقط بموت الزوج

وإلا فهى أحق قبل العدة أيضا (قوله ولو دون أجر المثل) أى ولوكان الذى تأخذه الأجنبية دون أجر المثل وطلبت الأم أجر المثل فالأجنبية أولى ط (قوله أحق منها) أى من الأم حيث طلبت شيئا ،ولم يقيدوا هنا بكون الأب معسرا كما فى الحضانة ط (قوله أما أجرة الحضانة الخ) أفاد أن الحضانة تبقى للأم فترضعه الأجنبية المتبرعة بالإرضاع عند الأم كما صرح به فى البدائع ، ونحوه مامر فى المتن وإن للأم أخذ أجرة المثل على الحضانة ولا تكون الأجنبية المتبرعة بها أولى ، نعم لو تبرعت العمة بحضانته من غير أن تمنع الأم عنه والأب معسر ؛ فالصحيح أنه يقال للأم إما أن تمسكى الولد بلاأجر وإما أن تدفعيه إليها كما مر فى الحضانة ،وبه ظهر الفرق بين الحضانة والإرضاع هنا ، وهو أن انتقال الإرضاع إلى غير الأم لايتقيد بطلب الأم أكثر من أجر المثل ولا بإعسار الأب ولا بكون المتبرعة عمة أو نحوها من الأقارب فافهم (قوله كما مر) أى فى الحضانة (قوله وللرضيع النفقة والكسوة) فبذلك صار على الأب ثلاث نفقات : أجرة الرضاع ، وأجرة الحضـــانة ، ونفقة الولد من صابون ودهن وفرش وغطاء .

وفى المجتبى : وإذا كان للصبى مال فمؤنة الرضاع ونفقته بعد الفطام فى مال الصغير بحر ، وسكت عن المسكن الذى تحضنه فيه : والذى فى معين المفتى المختار أنه على الأب ، وهو الأظهر حموى عن شرح الوهبانية ط ، وفيه كلام قدمناه فى الحضانة (قوله وللأم أجرة الإرضاع بلا عقد إجارة) بل تستحقه بالإرضاع فى المدة مطلقا كذا فى البحر أخذا من ظاهر كلامهم . ورده المقدسى فى [الرمز شرح نظم الكنز] بأن الظاهر اشتراط العقد ، ومن قال بخلافه فعليه إثباته اهـ فافهم ، ويؤيده ما فى شرح حسام الدين على أدب القاضى للخصاف : فإن انقضت عدتها وطلبت أجر الرضاع فهى أحق به ، وينظر القاضى بكم يجد امرأة غيرها فيأمر بدفع ذلك إليها لقوله تعالى — فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن — الخ قال فى البحر : وأكثر المشايخ على أن مدة الرضاع فى حق الأجرة حولان عند الكل حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعا وتستحق فيهما إجماعا . وفيه : لو لم يستغن بالحولين يحل لها أن ترضعه بعدهما عند عامة المشايخ إلا عند خلف بن أيوب (قوله وحكم الصلح كالاستئجار) يعنى لو صالحت زوجها عن أجرة الرضاع على شىء إن كان الصلح حال قيام النكاح أو فى عدة الرجعى لا يجوز ، وإن كان فى عدة البائن بواحدة أو ثلاث جاز على إحدى الروايتين ح عن البحر (قوله وفى كل موضع جاز الاستئجار) أى كما إذا كان بعد انقضاء العدة أو فى عدة البائن على إحدى الروايتين وهى المعتمدة كما مر ، وقوله ووجبت النفقة الظاهر أنه عطف مرادف ، والمراد به نفقة المرضعة بالأجرة التى تأخذها من الزوج بقرينة التعليل ، يعنى أن ما تأخذه الأم من الأب لتنفقه على نفسها بمقابلة إرضاع الولد هو أجرة لا نفقة ، فإذا مات الأب لاتسقط هذه الأجرة بموته بل تجب لها فى تركته وتشارك غرماءه ، فهى كغيرها من أصحاب ديونه ؛ ولو كان نفقة لسقطت كما تسقط بالموت نفقة الزوجة والقريب ولو بعد القضاء ما لم تكن مستدانة بأمر القاضى ، هذا ما ظهر لى فى حل هذه العبارة ، وأصلها لصاحب الذخيرة ونقلها عنه فى البحر بلفظها .

بل تكون أسوة الغرماء لأنها أجرة لانفقة (و) تجب (على موسر) ولو صغيرا (يسار الفطرة) على الأرجح ورجح الزيلعى والكمال إنفاق فاضل كسبه .

مطلب فى نفقة الأصول

(قوله وتجب الخ) شروع فى نفقة الأصول بعد الفراغ من نفقة الفروع (قوله ولو صغيرا) لأنه كالكبير فيما يجب فى ماله من حق عبد ، فيطالب به وليه كما يطالب بنفقة زوجته (قوله يسار الفطرة على الأرجح) أى بأن يملك مايحرم به أخذ الزكاة وهو نصاب ولو غير نام فاضل عن حوائجه الأصلية ، وهذا قول أبى يوسف . وفى الهداية : وعليه الفتوى ، وصححه فى الذخيرة ، ومشى عليه فى متن الملتقى ، وفى البحر أنه الأرجح ، وفى الخلاصة أنه نصاب الزكاة وبه يفتى ، واختاره الولوالجى (قوله ورجح الزيلعى) عبارته : وعن محمد أنه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا إن كان من أهل الغلة ، وإن كان من أهل الحرف فهومقدر بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله كل يوم ، لأن المعتبر فى حقوق العباد القدرة دون النصاب ، وهو مستغن عما زاد على ذلك فيصرفها إلى أقاربه ، وهذا أوجه . وقالوا : الفتوى على الأول اه .

والذى فى الفتح أن هذا توفيق بين روايتين عن محمد : الأولى اعتبار فاضل نفقة شهر . والثانية فاضل كسبه كل يوم ، حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه أربعة دوانق وجب عليه دانقان للقريب . قال : ومال السرخسى إلى قول محمد فى الكسب . وقال صاحب التحفة : قول محمد أرفق . ثم قال فى الفتح بعد كلام : وإن كان كسوبا يعتبر قول محمد ، وهذا يجب أن يعول عليه فى الفتوى اه . وبه علم أن الزيلعى وصاحب التحفة رجحا قول محمد مطلقا ، والسرخسى والكمال رجحا قوله لو كسوبا ، وهى الرواية الثانية عنه . وفى البدائع أيضا أنه الأرفق .

قلت : والحاصل أن فى حد اليسار أربعة أقوال مروية كما قاله فى البحر وأن الثالث تحته قولان ، وعلى توفيق الفتح هى ثلاثة فقط . وبه علم أن الثالث ليس تقييدا لما ذكره المصنف ، بل هو قول آخر فافهم . وقال فى البحر ولم أر من أفتى به أى بالثالث المذكور ، فالاعتماد على الأولين والأرجح الثانى اه .

قلت : مر فى رسم المفتى أن الأصح الترجيح بقوة الدليل ، فحيث كان الثالث هو الأوجه أى الأظهر من حيث التوجيه والاستدلال كان هو الأرجح وإن صرح بالفتوى على غيره ، ولذا قال الزيلعى : قالوا الفتوى على الأول بصيغة قالوا للتبرى ، وكذا قال فى الفتح ، وهذا يجب أن يعول عليه فى الفتوى أى على الثالث .

مطلب صاحب الفتح ابن الهمام من أهل الاجتهاد

والكمال صاحب الفتح من أهل الترجيح بل من أهل الاجتهاد كما قدمناه فى نكاح الرقيق ، وقد نقل كلامه تلميذه العلامة قاسم ، وكذا صاحب النهر والمقدسى والشرنبلالى وأقروه عليه . ويكفى أيضا ميل الإمام السرخسى إليه ، وقول التحفة والبدائع إنه الأرفق ، فحيث كان هو الأوجه والأرفق ، واعتمده المتأخرون وجب التعويل عليه ، فكان هو المعتمد .

ثم اعلم أن ماذكره المصنف من اشتراط اليسار فى نفقة الأصول صرح به فى كافى الحاكم والدرر والنقاية والفتح والملتقى والمواهب والبحر والنهر . وفى كافى الحاكم أيضاً : ولا يجبر المعسر على نفقة أحد إلا على نفقة الزوجة والولد اه ومثله فى الاختيار ، ونحوه فى الهداية . وفى الخانية : لايجب على الابن الفقير نفقة والده الفقير حكما إلا إن كان والده زمنا لايقدر على العمل وللابن عيال فعليه أن يضمه إلى عياله وينفق على الكل . وفى الذخيرة أنه

وفى الخلاصة : المختار أن الكسوب يدخل أبويه فى نفقته . وفى المبتغى : للفقير أن يسرق من ابنه الموسر مايكفيه إن أبى ولا قاضى ثمة وإلا أثم (النفقة لأصوله)

ظاهر الرواية عن أصحابنا ، لأن طعام الأربعة إذا فرق على الخمسة لايضرهم ضررا فاحشا، بخلاف إدخال الواحد فى طعام الواحد لتفاحش الضرر . وفى البزازية : إن رأى القاضى أنه يفضل من قوته شىء أجبره على النفقة من الفاضل على المختار ، وإن لم يفضل فلا شىء فى الحكم ، لكن فى ظاهر الرواية يؤمر ديانة بالإنفاق إن كان الابن وحده ؛ ولو له عيال أجبر على ضم أبيه معهم كيلا يضيع ، ولا يجبر على أن يعطيه شيئا على حدة اه .

والحاصل أنه يشترط فى نفقة الأصول اليسار على الخلاف المار فى تفسيره إلا إذا كان الأصل زمنا لاكسب له ، فلا يشترط سوى قدرة الولد على الكسب ، فإن كان لكسبه فضل أجبر على إنفاق الفاضل ، وإلا فلو كان الولد وحده أمر ديانة بضم الأصل إليه ، ولو له عيال يجبر فى الحكم على ضمه إليهم . ولا يخفى أن الأم بمنزلة الأب الزمن ، لأن الأنوثة بمجردها عجز ، وبه صرح فى البدائع ، لكن صرح أيضاً بأنه لايشترط فى نفقة الأصول يسار الولد بل قدرته على الكسب ، وعزاه فى المجتبى إلى الخصاف ، وقد أكثرنا لك من النقل بخلافه لتعلم أنه غير المعتمد فى المذهب (قوله وفى الخلاصة الخ) هذا محمول على ما إذا كان الأب زمنا لاقدرة له على الكسب وإلا اشترط يسار الولد على الخلاف المار فى تفسيره ، وعلى ما إذا كان للولد عيال ، فلو كان وحده فلا يدخل أباه فى نفقته بل يؤمر به ديانة ، والأم كالأب الزمن وذلك كله معلوم مما قررناه آنفا فافهم .

وعبارة الخلاصة هكذا : وفى الأقضية الفقر أنواع(١) ثلاثة : فقير لامال له وهو قادر على الكسب والمختار أنه يدخل الأبوين فى نفقته . الثانى فقير لامال له وهو عاجز عن الكسب فلا تجب عليه نفقة غيره . الثالث أن يفضل كسبه عن قوته ، فإنه يجبر على نفقة البنت الكبيرة والأبوين والأجداد ، وفى الرحم المحرم كالعم يشترط النصاب الخ .

قلت : وهذا مبنى على رواية الخصاف من عدم اشتراط اليسار فى نفقة الأصول ، بل قدرة الكسب كافية والمعتمد خلافه كما علمت (قوله وفى المبتغى الخ) سيأتى قريبا لو أنفق الأبوان ماعندهما للغائب من ماله على أنفسهما وهو من جنس النفقة لايضمنان لوجوب نفقة الأبوين والزوجة قبل القضاء ، حتى لو ظفر بجنس حقه فله أخذه ولذا فرضت فى مال الغائب بخلاف بقية الأقارب ، ونحوه فى المنح والزيلعى .

وفى زكاة الجوهرة : الدائن إذا ظفر بجنس حقه له أخذه بلا قضاء ولا رضا . وفى الفتح عند قوله ويحلفها بالله ماأعطاها النفقة وفى كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعا اه . فقول المبتغى ولا قاضى ثمة محمول على ما إذا كان مايأخذه من خلاف جنس النفقة كالعروض ، أما الدراهم والدنانير فهى من جنس النفقة فلا حاجة فيها إلى القاضى ، وتمامه فى حاشية الرحمتى ، وقد أطال وأطاب (قوله النفقة) أشار إلى أن جميع ماوجب للمرأة وجب للأب والأم على الولد من طعام وشراب وكسوة وسكنى حتى الخادم بحر ، وقدمنا فى الفروع الكلام على خادم الأب وزوجته (قوله لأصوله) إلا الأم المتزوجة فإن نفقتها على الزوج كالبنت المراهقة إذا زوّجها أبوها ، وقدمنا أن الزوج لو كان معسرا فإن الابن يؤمر بأن يقرضها ثم يرجع عليه إذا أيسر لأن الزوج المعسر كالميت كما صرح به فى الذخيرة بحر .

والحاصل أن الأم إذا كان لها زوج تجب نفقتها على زوجها لاعلى ابنها ، وهذا لو كان الزوج غير أبيه كما

---

(١) قوله الأقضية الفقر أنواع ؛ لعل الأولى أن يقول الفقير أنواع ؛ بدليل التفصيل بعده قاله نصر .

ولو أب أمه ذخيرة (الفقراء) ولو قادرين على الكسب والقول لمنكر اليسار والبينة لمدعيه (بالسوية) بين الابن والبنت ، وقيل كالإرث ، وبه قال الشافعي :

(والمعتبر فيه القرب والجزئية) فلو له بنت وابن ابن أو بنت بنت وأخ

صرح به فى الذخيرة ، ومفهومه أنه لو كان أباه تجب نفقته ونفقتها على الابن ، لكن هذا ظاهر لو كانت الأم معسرة أيضاً ؛ أما لو كانت موسرة لاتجب نفقتها على ابنها بل على زوجها ،وهل يؤمر الابن بالإنفاق عليها ليرجع على أبيه ؟ لم أره ، نعم لو كان الأب محتاجا إليها فقد مر أن نفقة زوجته حينئذ على ابنه وهذا يشمل مالو كانت موسرة فتأمل (قوله ولو أب أمه) شمل التعميم الجدة من قبل الأب أو الأم ، وكذا الجدمن قبل الأم كما فى البحر. وعبارة الكنز : ولأبويه وأجداده وجداته (قوله الفقراء) قيد به لأنه لاتجب نفقة الموسر إلا الزوجة (قوله ولو قادرين على الكسب) جزم به فى الهداية ، فالمعتبر فى إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر ، قيل وهو ظاهر الرواية فتح ، ثم أيده بكلام الحاكم الشهيد ، وقال وهذا جواب الرواية اهـ . والجد كالأب بدائع ،فلو كان كل من الابن والأب كسوبا يجب أن يكتسب الابن وينفق على الأب بحر عن الفتح : أى ينفق عليه من فاضل كسبه على قول محمد كما مر (قوله والقول الخ) أى لو ادعى الولد غنى الأب وأنكره الأب فالقول له والبينة للابن بحر (قوله بالسوية بين الابن والبنت) هو ظاهر الرواية وهو الصحيح هداية ، وبه يفتى خلاصة ، وهو الحق فتح ؛ وكذا لو كان للفقير ابنان أحدهما فائق فى الغنى والآخر يملك نصابا فهى عليهما سوية خانية ، وعزاه فى الذخيرة إلى مبسوط محمد ، ثم نقل عن الحلوانى قال مشايخنا : هذا لو تفاوتا فى اليسار تفاوتا يسيرا ،فلو فاحشا يجب التفاوت فيها بحر .

قلت : بقى لو كان أحدهما كسوبا فقط وقلنا بما رجحه الزيلعى والكمال من إعطاء فاضل كسبه فهل يلزمه هنا أيضا أم تلزم الابن الغنى فقط تأمل . وفى الذخيرة: قضى بها عليهما فأبى أحدهما أن يعطى للأب ماعليه يؤمر الآخر بالكل ثم يرجع على أخيه بحصته اهـ . ولايخفى أن هذا حيث لم يمكن الأخذ منه لغيبته أو عتوه وإلا فكيف يؤمر الآخر بمجرد الإباء كما أفاده المقدسى : (قوله والمعتبر فيه القرب والجزئية لا الإرث) أى الأصل فى نفقة الوالدين والمولودين القرب بعد الجزئية دون الميراث كذا فى الفتح : أى تعتبر أولا الجزئية : أى جهة الولاد أصولا أو فروعا ، وتقدم على غيرها من الرحم ، ثم يقدم فيها الأقرب فالأقرب ، ولا ينظر إلى الإرث ، فلو له أخ شقيق وبنت بنت فالنفقة عليها فقط للجزئية وإن كان الوارث هو الأخ ، ولو له بنت وابن ابن فعلى البنت لقربها فى الجزئية وإن اشتركا فى الإرث كما فى الفتح وغيره :

قلت : ويرد عليه قولهم : لوله أم وجد لأب فعليهما أثلاثا اعتبارا للإرث مع أن الأم أقرب فى الجزئية ، وكذا قولهم لوله أم وجد لأب وأخ شقيق فعلى الجد عند الإمام مع أن الأم أقرب أيضا وغير ذلك من المسائل :

مطلب ضابط فى حصر أحكام نفقة الأصول والفروع

واعلم أن مسائل هذا الباب ، مما تحير فيها أولو الألباب ، لما يتوهم فيها من الاضطراب ، وكثيرا مارأيت من ضل فيها عن الصواب ، حيث لم يذكروا لها ضابطا نافعا ولا أصلا جامعا ، حتى وفقنى الله تعالى إلى جمع رسالة فيها سميتها [تحرير النقول ، فى نفقات الفروع والأصول] أعاننى فيها المولى سبحانه على شيء لم أسبق إليه ،

ولم يحم أحد قبلى عليه ، باختراع ضابط كلى مبنى على تقسيم عقلى ، مأخوذ من كلامهم تصريحا أو تلويحا ، جامع لفروعهم جمعا صحيحا ، بحيث لاتخرج عنه شاذه ، ولا يغادر منها فاذة .

وبيان ذلك أن نقول : لايخلو إما أن يكون الموجود من قرابة الولاد شخصا واحدا أو أكثر . والأول ظاهر ؛ وهو أنه تجب النفقة عليه عند استيفاء شروط الوجوب . والثانى لايخلو ، إما أن يكونوا فروعا فقط أو فروعا وحواشى ، أو فروعا وأصولا ، أوفروعا وأصولا وحواشى ، أوأصولا فقط أوأصولا وحواشى ، فهذه ستة أقسام . وبقى قسم سابع تتمة الأقسام العقلية وهو الحواشى فقط نذكره تتميما للأقسام وإن لم يكن من قرابة الولادة .

القسم الأول : الفروع فقط : والمعتبر فيهم القرب والجزئية : أى القرب بعد الجزئية دون الميراث كما علمت ، ففى ولدين لمسلم فقير ولو أحدهما نصرانيا أو أنثى تجب نفقته عليهما سوية ذخيرة للتساوى فى القرب والجزئية وإن اختلفا فى الإرث ، وفى ابن وابن ابن على الابن فقط لقربه بدائع ، وكذا تجب فى بنت وابن ابن على البنت فقط لقربها ذخيرة . ويؤخذ من هذا أنه لاترجيح لابن ابن على بنت بنت وإن كان هو الوارث لاستوائهما فى القرب والجزئية ولتصريحهم بأنه لا اعتبار للإرث فى الفروع ، وإلا لوجبت أثلاثا فى ابن وبنت ولما لزم الابن النصرانى مع الابن المسلم شىء . وبه ظهر أن قول الرملى فى حاشية البحر : إنها على ابن الابن لرجحانه مخالف لكلامهم .

القسم الثانى : الفروع مع الحواشى ، والمعتبر فيه أيضا القرب والجزئية دون الإرث ؛ ففى بنت وأخت شقيقة على البنت فقط وإن ورثتا بدائع وذخيرة وتسقط الأخت لتقديم الجزئية . وفى ابن نصرانى وأخ مسلم على الابن فقط وإن كان الوارث هو الأخ ذخيرة : أى لاختصاص الابن بالقرب والجزئية . وفى ولد بنت وأخ شقيق على ولد البنت وإن لم يرث ذخيرة : أى لاختصاصه بالجزئية وإن استويا فى القرب لإدلاء كل منهما بواسطة ، والمراد بالحواشى هنا من ليس من عمود النسب : أى ليس أصلا ولا فرعا : فيدخل فيه ما فى الذخيرة : لوله بنت ومولى عتاقة فعلى البنت فقط وإن ورثا أى لاختصاصها بالجزئية .

القسم الثالث : الفروع مع الأصول والمعتبر فيه الأقرب جزئية : فإن لم يوجد اعتبر الترجيح ، فإن لم يوجد اعتبر الإرث ، ففى أب وابن تجب على الابن لترجحه « بأنت ومالك لأبيك » ذخيرة وبدائع ، أى وإن استويا فى قرب الجزئية ، ومثله أم وابن لقول المتون ولا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد . قال فى البحر : لأن لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ؛ ولأنه أقرب الناس إليهما اهـ فليس ذلك خاصا بالأب كما قد يتوهم بل الأم كذلك . وفى جد وابن ابن على قدر الميراث أسداسا للتساوى فى القرب ، وكذا فى الإرث وعدم المرجح من وجه آخر بدائع . وظاهره أنه لو له أب وابن ابن أو بنت بنت فعلى الأب لأنه أقرب فى الجزئية فانتفى التساوى ووجد القرب المرجح ، وهو داخل تحت الأصل المار عن الذخيرة والبدائع ؛ وكذا تحت قول المتون لايشارك الأب فى نفقة ولده أحد .

القسم الرابع : الفروع مع الأصول والحواشى ، وحكمه كالثالث ، لما علمت من سقوط الحواشى بالفروع لترجحهم بالقرب والجزئية ، فكأنه لم يوجد سوى الفروع والأصول ، وهو القسم الثالث بعينه .

القسم الخامس : الأصول فقط ، فإن كان معهم أب فالنفقة عليه فقط لقول المتون لايشارك الأب فى نفقة

النفقة على البنت أو بنتها لأنه (لا) يعتبر (الإرث) إلا إذا استويا كجد وابن ابن فكإرثهما إلا لمرجح

ولده أحد ، وإلا فإما أن يكون بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث أو كلهم وارثين ؛ ففي الأول يعتبر الأقرب جزئية ، لما في القنية : له أم وجد لأم فعلى الأم أى لقربها ؛ ويظهر منه أن أم الأب كأبى الأم . وفي حاشية الرملى : إذا اجتمع أجداد وجدات فعلى الأقرب ولو لم يدل به الآخر اه فإن تساووا فى القرب فالمفهوم من كلامهم ترجح الوارث ، بل هو صريح قول البدائع فى قرابة الولادة إذا لم يوجد الترجيح اعتبر الإرث اه . وعليه ففى جد لأم وجد لأب تجب على الجد لأب فقط اعتبارا للإرث ، وفى الثانى أعنى لو كان كل الأصول وارثين فكالإرث . ففى أم وجد لأب تجب عليهما أثلاثا فى ظاهر الرواية خانية وغيرها .

القسم السادس : الأصول مع الحواشى ، فإن كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصول وحدهم ترجيحا للجزئية ولا مشاركة فى الإرث حتى يعتبر فيقدم الأصل سواء كان هو الوارث أو كان الوارث الصنف الآخر ، مثال الأول ما فى الخانية : لو له جد لأب وأخ شقيق فعلى الجد اه . ومثال الثانى ما فى القنية : لو له جد لأم وعم فعلى الجد اه أى لترجحه فى المثالين بالجزئية مع عدم الاشتراك فى الإرث لأنه هو الوارث فى الأول ، والوارث هو العم فى الثانى ، وإن كان كل من الصنفين أعنى الأصول والحواشى وارثا اعتبر الإرث . ففى أم وأخ عصبى أو ابن أخ كذلك أو عم كذلك ، على الأم الثلث وعلى العصبة الثلثان بدائع . ثم إذا تعدد الأصول فى هذا القسم بنوعيه ننظر إليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر فى القسم الخامس . مثلا : لو وجد فى المثال الأول المار عن الخانية : جد لأم مع الجد لأب نقدم عليه الجد لأب لترجحه بالإرث مع تساويهما فى الجزئية . ولو وجد فى المثال الثانى المار عن القنية أم مع الجد لأم نقدمها عليه لترجحها بالإرث وبالقرب ، وبهذا يسقط الإشكال الذى سنذكره عن القنية كما ستعرفه ، وكذلك لو وجد فى الأمثلة الأخيرة مع الأم جد لأم نقدمها عليه لما قلنا ، ولو وجد معها جد لأب بأن كان للفقير أم وجد لأب وأخ عصبى أو ابن أخ أو عم كانت النفقة على الجد وحده كما صرح به فى الخانية .

ووجه ذلك أن الجد يحجب الأخ وابنه والعم لتنزيله حينئذ منزلة الأب ، وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجودا حقيقة ، وإذا كان الأب موجودا حقيقة لا تشاركه الأم فى وجوب النفقة ، فكذا إذا كان موجودا حكما فتجب على الجد فقط بخلاف ما لو كان للفقير أم وجد لأب فقط فإن الجد لم ينزل منزلة الأب فلذا وجبت النفقة عليهما أثلاثا فى ظاهر الرواية كما مر .

القسم السابع : الحواشى فقط ، والمعتبر فيه الإرث بعد كونه ذا رحم محرم وتقديره واضح فى كلامهم كما سيأتى ثم هذا كله إذا كان جميع الموجودين موسرين ، فلو كان فيهم معسر ، فتارة ينزل المعسر منزلة الميت وتجب النفقة على غيره ، وتارة ينزل منزلة الحى وتجب على من بعده بقدر حصصهم من الإرث ، وسيأتى بيانه أيضا ، فهذا خلاصة ما اشتملت عليه تلك الرسالة النافية للجهالة ، فعض عليه بالنواجذ ، وكن له أرغب آخذ ، وإن أردت الزيادة على ذلك فارجع إليها وعول عليها ، فإنها فريدة فى بابها ، نافعة لطلابها ، وهى من محض فضل الله تعالى ، فله فى كل وقت ألف حمد يتوالى (قوله النفقة على البنت أو بنتها) لف ونشر مرتب ، ففى الأول النفقة على البنت وحدها للقرب ، وفى الثانى على بنتها للجزئية ومثله ابن نصرانى وأخ مسلم وإن كان الوارث هو الأخ كما قدمناه (قوله لأنه لايعتبر الإرث) علة لقوله النفقة على البنت أو بنتها (قوله إلا إذا استويا) أى فى القرب والجزئية ، ففى هذا المثال يجب للفقير على جده سدس النفقة وعلى ابن ابنه باقيها فإن هذا الفقير لو مات يرثان منه كذلك وقوله إلا لمرجح استثناء من هذا الاستثناء : أى عند التساوى يعتبر الإرث إلا إذا ترجح أحد المتساويين ، فعلى من معه رجحان فتجب على ابنه دون أبيه مع استوائهما فى القرب .

كوالد وولد (فعلى ولده لترجحه ، بأنت ومالك لأبيك) وفى الخانية : له أم وأبو أب فكإرثهما . وفى القنية : له أم وأبو أم فعلى الأم ، ولو له عم وأبو أم فعلى أبى الأم . واستشكاه فى البحر بقولهم : له أم وعم فكإرثهما . قال : ولو له أم وعم وأبو أم هل تلزم الأم فقط أم كالإرث ؟ احتماله :

ويرد على هذا ما لو كان له ابن وبنت فإنهما استويا فى القرب والجزئية مع عدم المرجح والنفقة عليهما بالسوية ، وكذا لو له ابن نصرانى وابن مسلم مع أن المسلم ترجح بكونه هو الوارث ، فيتعين حمل قولهم : والمعتبر فيه القرب والجزئية لا الإرث على ما إذا كان الواجب عليه النفقة فروعا فقط أو فروعا وحواشى وهو القسم الأول ، والثانى من الأقسام السبعة المارة . أما بقية الأقسام فيعتبر فيها الإرث على التفصيل المار فيها .

ثم اعلم أن قوله والمعتبر فيه الخ الضمير فيه راجع إلى ماقبله من نفقة الفروع والأصول على ماقدمناه عن الفتح ومثله فى الذخيرة والبحر وإن كان الأصوب إرجاعه إلى نفقة الأصول فقط أى نفقة الأصول الواجبة على الفروع لما علمت من أن عدم اعتبار الإرث على إطلاقه خاص بهم ، لكن الشارح تابع صاحب الفتح فى إرجاعه الضمير إلى النوعين ، فلذا أورد مسائل من كل منهما بعضها من نفقة الأصول الواجبة على الفروع وبعضها من عكسه فافهم (قوله لترجحه بأنت ومالك لأبيك) أى بهذا الحديث الذى رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة كما فى الفتح ، وهو مؤول للقطع بأن الأب يرث السدس من ولده مع وجود ولد الولد ، فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شىء معه .

قال الرحمتى : وينبغى فى جد وابن ابن وجوب النفقة على ابن الابن لهذا المرجح ، فإنهم جعلوه مطردا فى جميع الأصول مع الفروع ، وبنوا عليه مسائل : منها أن الجد إذا ادعى ولد أمة ابن ابنه عند فقد الابن صحت دعواه ويتملكها بالقيمة كما هو الحكم فى الأب لهذا الحديث فتأمل اهـ (قوله فكإرثهما) أى ثلاثا ، لأن كلا منهما وارث فلا يرجح أحدهما على الآخر كما مر فى القسم الخامس (قوله فعلى الأم) أى لكونها أقرب من أبيها حيث كان أحدهما وارثا والآخر غير وارث كما مر (قوله فعلى أبى الأم) لأن الجزئية تقدم على غيرها عند عدم المشاركة فى الإرث (قوله واستشكله فى البحر الخ) أصل الإشكال لصاحب القنية . وجهه أن وجوبها فى أم وعم كإرثها نص عليه محمد فى الكتاب ، فيقتضى جعل العم بمنزلة الأم ، وفى المسألة التى قبلها جعل أبو الأم متقدما على العم ، فيلزم أن يتقدم أيضا على الأم لمساواتها للعم ، فيشكل جعل النفقة على الأم فى مسألة أم وأبى أم ، بل الظاهر جعلها على أبى الأم لتقدمه عليها ، وجعلها على الأم يقتضى تقدمها على أبيها ، ويلزم منه تقدمها على العم ، لأن أباها متقدم عليه فكيف تكون عليهما كإرثهما أفاده ط .

وحاصله أن هذه المسائل الثلاثة متناقضة . وأقول : لاتناقض فيها أصلا ، لما علمت من أن الإرث إنما لايعتبر فى نفقة الأصول الواجبة على الفروع ، أما فى غيرها من نفقة الفروع وذوى الرحم فله اعتبار فيها على التفصيل الذى قررناه فى الضابط ، وحينئذ فما ذكر فى المسألة الأولى من تقديم الأم على أبيها لكونها أقرب فى الجزئية مع عدم المشاركة فى الإرث ، وبذلك أجاب الخير الرملى أيضا فى دفع الإشكال . وما فى المسألة الثانية من تقديم أبى الأم على العم لاختصاصه بالجزئية مع عدم المشاركة فى الإرث أيضا . وماذكر فى المسألة الثالثة من كونها على قدر الإرث لوجود المشاركة فى الإرث ، لما قلنا من اعتبار الميراث فى غير نفقة الأصول ؛ فحيث وجدت المشاركة فى الإرث اعتبر قدر الميراث ، فقد ظهر أن جهة التقديم فى إيجاب النفقة أو المشاركة فيها مختلفة فى المسائل الثلاث فلا تناقض فيها أصلا فافهم ، والله أعلم (قوله قال الخ) أى صاحب البحر ، وقد نقله أيضا عن القنية حيث قال فيها ويتفرع

(و) تجب أيضا (لـكل ذى رحم محرم صغير أو أنثى) مطلقا (ولو) كانت الأنثى (بالغة) صحيحة (أو) كان الذكر (بالغا) لـكن (عاجزا) عن الـكسب (بنحو زمانة)

من هذه الجملة فرع أشكل الجواب فيه . وهو ماإذا كان له أم وعم وأبو أم موسرون ، فيحتمل أن تجب على الأم لا غير ، لأن أبا الأم لما كان أولى من العم والأم أولى من أبيها كانت الأم أولى من العم ، لـكن يترك جواب الـكتاب . ويحتمل أن تـكون على الأم والعم أثلاثا اه .

قلت : ووجهه الاحتمال الثانى أنه لما نص فى مسألة الـكتاب على وجوبها على الأم والعم كإرثهما أى أثلاثا علم أن المعتبر الإرث هنا ، فحينئذ يسقط أبو الأم في هذه المسألة المشكلة وهو الصواب . وبه أجاب الخير الرملى أيضا فقال : إن الظاهر من فروعهم أن الأقربية إنما تقدم إذا لم يكونوا وارثين كلهم ، فأما إذا كانوا كذلك فلا كالأم والعم والجد لقولهم بقدر الإرث اه وبذلك أجاب أيضا شيخ مشايخنا السائحانى وفقيه عصره شيخ مشايخنا منلا على التركمانى ، وهو الموافق لما قدمناه فى الضابط فى قسم اجتماع الأصول مع الحواشى ، وقد نبهنا على سقوط الإشكال هناك فافهم (قوله وتجب أيضا الخ) شروع فى نفقة قرابة غير الولاد وجوبها لايثبت إلا بالقضاء أو الرضا ؛ حتى لو ظفر أحدهم بجنس حقه قبل القضاء أو الرضا ليس له الأخذ ، بخلاف الزوجة والولد والأبوين فإن لهم الأخذ قبل ذلك كما مر ، كذا فى الذخيرة وغيرها .

واعترض بأن القاضى غير مشروع بل الوجوب ثابت بقوله تعالى ــ وعلى الوارث مثل ذلك ــ وأجيب بأن نفقة القريب المحرم فيها اختلاف المجتهدين بخلاف الزوجية والولاد .

واعترض بأن الخلافيات يعمل فيها بدون القضاء . وأجيب بأنه إذا قوى قول المخالف روعى خلافه واستعين بالحـكم كالرجوع فى الهبة وخيار البلوغ . وأجيب أيضا بأن الوجوب ثابت قبل الحـكم ، وإنما يتوقف عليه وجوب الأداء ، فقد يجب الشيء ولا يجب أداؤه كدين على معسر .

واعترض بأنه لو ثبت الوجوب لجاز أخذ القريب بما ظفر من جنس حقه . وأجيب بمنع اللزوم لوقوع الشبهة بالاختلاف فى باب الحرمة فنزلت منزلة اليقين خصوصا فى الأموال ، وبالقضاء ترتفع الشبهة ، وله نظائر كثيرة وبسط ذلك فى البحر وفيما علقناه عليه .

مطلب فى نفقة قرابة غير الولاد من الرحم المحرم

(قوله لـكل ذى رحم محرم) خرج بالأول الأخ رضاعا ، وبالثانى ابن العم ، ولا بد من كون المحرمية بجهة القرابة . فخرج ابن العم إذا كان أخا من الرضاع فلا نفقة له كذا فى شرح الطحاوى ، وأطلق فيمن تجب عليه النفقة فشمل الصغير الغنى والصغيرة الغنية فيؤمر الوصى بدفع نفقة قريبهما المحرم بشرطه كذا فى أنفع الوسائل بحر .

ثم إن قول المصنف ولـكل معطوف على قوله لأصوله أى أصول الموسر ، فأفاد اشتراط اليسار فيمن تجب عليه النفقة هنا أيضا ، إذ لا تجب على فقير إلا للزوجة والولد الصغير كما فى كافى الحاكم . وفى تفسير اليسار الخلاف المار (قوله مطلقا) قيد للأنثى : أى سواء كانت بالغة أو صغيرة صحيحة أو زمنة كما أفاده بقوله ولو كانت الخ ، والمراد بالصحيحة القادرة على الـكسب ، لـكن لو كانت مكتسبة بالفعل كالقابلة والمغسلة لانفقة لها كما مر (قوله أو كان الذكر بالغا) لايصح دخوله تحت المبالغة بعد تقييده بقوله صغير ، فـكان على المصنف أن يقول أو بالغ عاجز بالجر عطفا على صغير (قوله لـكن عاجزا) الأولى إسقاط لـكن لأن العطف بها يشترط له تقدم نفى أو نهى ط

كعمى وعته وفلج ، زاد فى الملتقى والمختار : أو لايحسن الكسب لحرفة أو لكونه من ذوى البيوتات أو طالب علم (فقيرا) حال من المجموع بحيث تحل له الصدقة ولو له منزل وخادم

(قوله كعمى الخ) أفاد أن المراد بالزمانة العاهة كما فى القاموس . وفى الدر المنتقى أن الزمانة تكون فى ستة : العمى وفقد اليدين أو الرجلين أو اليد والرجل من جانب والخرس والفلج اهـ .

فإن قلت : إن من ذكر قد يكتسب ، فالأعمى يقدر على العمل بالدولاب ، ومقطوع اليدين على دوس العنب برجليه أو الحراسة ، وكذا الأخرس . قلنا : إن اكتسب بذلك واستغنى عن الإنفاق فلا وجوب وإلا فلا يكلف ، لأن هذه الأعذار تمنع عن الكسب عادة فلا يكلف به (قوله وعته) بالتحريك : نقصان العقل (قوله لحرفة) كذا فى بعض النسخ بالحاء والفاء . وفى المغرب : الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف الاكتساب . ولا يخفى أنه لا يناسب هنا فالصواب ما فى بعض النسخ لخرقه بالخاء المعجمة والقاف وآخره ضمير الغيبة وهو عدم معرفة عمل اليد . خرق خرقا من باب قرب ٧ فهو أخرق مصباح . وفى الاختيار : لأن شرط وجوب نفقة الكبيرة العجز عن الكسب حقيقة كالزمن والأعمى ونحوهما ، أو معنى كمن به خرق ونحوه اهـ (قوله أو لكونه من ذوى البيوتات) أى من أهل الشرف قال فى المغرب : البيوتات جمع بيت ، ويختص بالأشراف . وعبارة الفتح : وكذا إذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره وعبارة الزيلعى : أو يكون من أعيان الناس يلحقه العار بالتكسب .

واعترضه الرحمتى بأن كسب الحلال فريضة ، وبأن عليا سيد العرب كان يؤجر نفسه لليهود كل دلو ينزعه من البئر بتمرة ، والصديق بعد أن بويع بالخلافه حمل أثوابا وقصد السوق فردوه وفرض له من بيت المال مايكفيه وأهله وقال سأتجر للمسلمين فى مالهم حتى أعوضهم عما أنفقت على نفسى وعيالى اهـ وأى فضل لبيوت تحمل أهلها أن تكون كلا على الناس اهـ ملخصا .

قلت : لايخفى أن ذلك لم يكن عارا فى زمن الصحابة بل يعدونه فخرا ، بخلاف من بعدهم ؛ ألا ترى أن الخليفة بل من دونه فى زماننا لو فعل كذلك لسقط من أعين رعيته فضلا عن أعدائه . وقد أثبت الشارع لولى المرأة فسخ النكاح لدفع العار عنه ، فحيث كان الكسب عارا له كما لو كان ابنا أو أخا للأمير أو لقاضى القضاة مثلا تجب له النفقة عليه بشروطها (قوله أو طالب علم) أى إذا كان به رشد ، ومر الكلام عليه (قوله حال من المجموع) أى من صغير وأنثى وبالغ . قال ط : والأولى جعله حالا من ذى رحم محرم لعمومه الكل ، وفى نسخة فقراء (قوله بحيث تحل له الصدقة) كذا فسره فى البدائع ، وذلك بأن لا يملك نصابا ناميا أو غير نام زائدا عن حوائجه الأصلية . والظاهر أن المراد به ما كان من غير جنس النفقة ، إذ لو كان يملك دون نصاب من طعام أو نقود تحل له الصدقة ، ولا تجب له النفقة فيما يظهر لأنها معللة بالكفاية ، وما دام عنده مايكفيه من ذلك لا يلزم غيره كفايته تأمل (قوله ولو له منزل وخادم) أى وهو محتاج إليهما ، وهذا عام فى الوالدين والمولودين وذوى الأرحام كما صرح به فى الذخيرة . وفيها : لو كان يكفيه بعض المنزل أمر ببيع بعضه وإنفاقه على نفسه ، وكذا لو كانت له دابة نفيسة يؤمر بشراء الأدنى وإنفاق الفضل اهـ ومثله فى شرح أدب القضاء ، ومتاع البيت المحتاج إليه مثل المنزل والدابة كما فى شرح أدب القضاء ، وهل مثله جهاز المرأة ؟ قدمنا فى الزكاة خلافا فى أنها هل تحرم عليها الصدقة بسببه فراجعه ، وهل تجب نفقة الخادم هنا ؟ مقتضى ما فى البدائع نعم ، فإنه قال : وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه المأكل والملبس والمسكن والرضاع إن كان رضيعا لأن وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الأشياء ، وإن كان له خادم يحتاج إلى خدمته يفرض له أيضا ، لأن ذلك من جملة الكفاية اهـ واحتياجه إلى خدمته بأن يكون به

على الصواب بدائع (بقدر الإرث) لقوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - (و) لذا (يجبر عليه) :

ثم فرع على اعتبار الإرث بقوله (فنفقة من) أى فقير (له أخوات متفرقات) موسرات (عليهن أخماسا) ولو إخوة متفرقين فسدسها على الأخ لأم والباقى على الشقيق (كإرثه) وكذا لو كان معهن أو معهم ابن معسر لأنه يجعل كالميت ليصيروا ورثة ، ولو كان مكانه بنت فنفقة الأب على الأشقاء فقط لإرثهم معها ،وعند التعدد يعتبر

علة كما قدمناه فى خادم الأب ، وكذا لو كان من أهل البيوتات لايتعاطى خدمة نفسه بيده تأمل (قوله بقدر الإرث) أى تجب نفقة المحرم الفقير على من يرثونه إذا مات بقدر إرثهم منه (قوله وعلى الوارث مثل ذلك) أى مثل الرزق والكسوة التى وجبت على المولود له فأناط الله تعالى النفقة باسم الوارث فوجب التقدير بالإرث ط (قوله ولذا) أى للآية الشريفة حيث عبر فيها بعلى المفيدة للإلزام ط . ويوجد فى بعض النسخ بين قوله ولذا : وقوله يجبر عليه مانصه ينظر ما المراد بالجبر هنا ، هل هو الحبس أو غيره وقد ذكروا فى القضاء حبسه لنفقة الولادة ، ومفاده عدم الحبس لغيرهم :

قلت : وكان المناسب ذكر هذا بعد قوله يجبر عليه . ثم لا يخفى أنه إذا حبس الأب فغيره بالأولى لأن الأب لا يحبس فى دين ولده سوى النفقة ، على أن المذكور فى القضاء أنه يحبس لنفقة القريب والزوجة ، وأما ماسيذكره عن البدائع من أن الممتنع من نفقة القريب يضرب ولا يحبس فهو خطأ فى النقل كما ستعرفه قبيل قوله ولمملوكه (قوله يجبر عليه) أى على الإنفاق ، وقدمنا عن البحر أنه لو قال أنا أطعمك ولا أدفع شيئا لا يجاب بل يدفعها إليه (قوله أى فقير) مقيد أيضا بالعاجز عن الكسب إن كان ذكرا بالغاولو صغيرا أو أنثى ، فمجرد الفقر كاف كما مر (قوله له أخوات متفرقات) أى أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم (قوله أخماسا) ثلاثة أخماس على الشقيقة وخمس على الأخت لأب ، وخمس على الأخت لأم ، لأنهن لو ورثنه كانت المسألة من ستة ثلاثة للأولى وسهم للثانية وسهم للثالثة وسهم يرد عليهن ،فتصير المسألة ردية من خمسة اهـ ح وكذلك تبقى النفقة أخماسا عند عدم الرد بأن كان معهن ابن عم ،إذ لا نفقة عليه لأنه غير محرم ، فلو كان بدله عم عصبى تصير أسداسا (قوله ولو إخوة متفرقين) أى ولو كان الورثة إخوة متفرقين (قوله فسدسها) أى النفقة على الأخ لأم والباقى على الشقيق لسقوط الأخ لأب بالشقيق فى الأرث ح (قوله كإرثه) مصدر مضاف لمفعوله أى كإرثهم إياه (قوله وكذا) أى الحكم كذلك لو كان معهن أى مع الأخوات أو معهم أى مع الإخوة (قوله ابن معسر) أى صغير أو كبير عاجز كما فى الذخيرة ،إذ لو كان صحيحا أمر بالكسب لينفق على نفسه وعلى أبيه على رواية محمد التى رجحها الزيلعى والكمال .

وفى الذخيرة أن نفقة ذلك الابن على عمته الشقيقة فى الأولى وعمه الشقيق فى الثانية ، لأن الأب المعسر كالميت فيكون إرث الابن لعمه أو عمته المذكورين فقط فكذا نفقته (قوله ليصيروا ورثة) أى ويقضى عليهم بالنفقة ، وما لم يجعل الابن كالمعدوم لاتصير الإخوة والأخوات ورثة فيتعذر إيجاب النفقة عليهم ط (قوله فنفقة الأب على الأشقاء) أى على الأخت الشقيقة فى المسألة الأولى وعلى الأخ الشقيق فى الثانية فأطلق الجمع على ما فوق الواحد ، وقوله لإرثهم أى الأشقاء معها : أى مع البنت فلا تجعل البنت كالميت لأنها لا تحرز كل الميراث ، وإنما يجعل كالميت من يحرز كل الميراث لينظر إلى من يرث بعده فتجب النفقة عليه . فنى مسألة الابن تجب على كل الإخوة أو الأخوات ، وهنا على الأشقاء فقط لسقوط الإخوة أو الأخوات لأب أو لأم (قوله وعند التعدد) أى تعدد المعسرين والموسرين ، والأولى وعند الاجتماع .

وفى الخانية وغيرها الأصل أنه إذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر ينظر إلى المعسر ، فإن

المعسرون أحياء ، فيما يلزم المعسرين ثم يلزمهم الكل ؛ كذى أم وأخوات متفرقات والأم والشقيقة موسرتان فالنفقة عليهما أرباعا :

(والمعتبر فيه) أى الرحم المحرم (أهلية الإرث لاحقيقته) إذ لايتحقق إلا بعد الموت ، فنفقة من له خال وابن عم على الخال لأنه محرم ؛ ولو استويا فى المحرمية كعم وخال رجح الوارث للحال مالم يكن معسرا فيجعل كالميت :

وفى القنية : يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب : وفى السراج : معسر له زوجة ولزوجته أخ موسر أجبر أخوها على نفقتها ويرجع به على الزوج إذا أيسر اه . وفيه النفقة إنما هى على من رحمه كامل ؛ ولذا قال القهستانى : قولهم وابن العم فيه نظر لأنه ليس بمحرم ، والكلام فى ذى الرحم المحرم فافهم :

كان يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم ثم ينظر إلى ورثة من تجب له النفقة فتجعل النفقة عليهم على قدر مواريثهم وإن كان المعسر لا يحرز كل الميراث تقسم النفقة عليه وعلى من يرث معه فيعتبر المعسر لإظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم يجعل كل النفقة على الموسرين على اعتبار ذلك اه (قوله كذى أم) أى كصغير فقير أو كبير زمن فقير له أم الخ (قوله فالنفقة عليهما أرباعا) لأن النصف فى الإرث للشقيقة والسدس للأم والسدس للأخت لأب والسدس للأخت لأم ، فكان نصيب الشقيقة والأم أربعة فربع النفقة على الأم وثلاثة أرباعها على الشقيقة اه ح ؛ ولو جعل المعسر كالمعدوم أصلا كانت النفقة على الأم والشقيقة أخماسا : ثلاثة أخماس على الشقيقة والخمسان على الأم اعتبارا بالميراث خانية . وفيها : ولو كان للصغير أم معسرة ولأمه أخوات متفرقات موسرات فالنفقة على الخالة لأب وأم لأن الأم تحرز كل الميراث فتجعل كالمعدومة . وأما نفقة الأم ، فعلى أخواتها أخماسا على الشقيقة ثلاثة أخماس ، وعلى الأخت لأب خمس ، وعلى الأخت لأم خمس اه وتمام ذلك فى رسالتنا [تحرير النقول] (قوله إذ لا يتحقق الخ) حاصله أن حقيقة الوارث فى الآية غير مرادة فإنه من قام به الإرث بالفعل ، وهذا لايتحقق إلا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت ، فكان المراد من يثبت له ميراث فتح (قوله ولو استويا فى المحرمية الخ) أى وفى أهلية الإرث ذخيرة :

قال فى الفتح : والحاصل أن قوله أهلية الميراث لا لإحرازه فيما إذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم ، أما إذا ثبت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث فى الحال كالخال والعم إذا اجتمعا فإنه يعتبر إحراز الميراث فى الحال وتجب على العم . وإذا اتفقوا فى المحرمية والإرث فى الحال وكان بعضهم فقيراً جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر إرثهم كأن ليس معهم غيرهم اه . وفى الذخيرة : لوله عم وعمة وخالة موسرون فالنفقة على العم ، فلو العم معسرا فعلى العمة والخالة أثلاثا كإرثهما (قوله وفى القنية الخ) مكرر مع ما قدمه فى الفروع عن الواقعات (قوله وفى السراج الخ) مكرر أيضا مع ما قدمه قبيل قوله قضى بنفقة الإعسار ، وأما ما قدمه قبيل الفروع من أن الرجوع إنما يثبت للأم فقط على الأب دون غيرها فلا يرد ، أما أولا فلأنه خلاف المعتمد كما حررناه هناك ، وأما ثانيا فلأن الرجوع هنا على الزوج لا على الأب فافهم (قوله على من رحمه كامل) أى بأن يكون محرما أيضا (قوله ولذا) أى لاشتراط كونه رحما محرما وهو الرحم الكامل (قوله قولهم) أى فى مسألة خال وابن عم (قوله فيه نظر الخ) عبارة القهستانى : فيه نوع مخالفة لكلام القوم اه فبين الشارح المخالفة بقوله لأنه ليس بمحرم الخ وأنت خبير بأنه غير مخالف لكلامهم أصلا بل هو مقرر له ومؤكد ؛ فإن مسألة خال وابن عم مذكورة فى متون المذهب وشروحه فصرحوا بوجوب النفقة فيها على الخال لكون رحمه كاملا ، كما اشترطوا وإن كان الميراث كله

(ولا نفقة) بواجبة (مع الاختلاف دينا إلا للزوجة والأصول والفروع) علوا أو سفلوا (الذميين) لاالحربيين ولو مستأمنين لانقطاع الإرث (يبيع الأب) لأن له ولاية التصرف (لا الأم) ولا بقية أقاربه ولا القاضي إجماعا (عرض ابنه) الكبير الغائب لاالحاضر إجماعا (لاعقاره) فيبيع عقار صغير ومجنون اتفاقا للنفقة له ولزوجته وأطفاله كما في النهر بحثا

لابن العم لكون رحمه ناقصا ونبهوا بهذا المثال على شيء آخر أيضا ، وهو أن المعتبر أهلية الإرث لاالإرث حقيقة كما مر فمن أين جاءت المخالفة لكلامهم ؟ وأوهى من هذا ما نقله القهستاني عن بعضهم من أن الأولى التمثيل بخال وعم لأب فإنه خطأ محض كما لا يخفى إن أراد أن النفقة على الخال ، وإن أراد أنها على العم فلا فائدة في ذكر الخال ، ولم يبق لأهلية الإرث مثال فافهم (قوله مع الاختلاف دينا) أي كالكفر والإسلام ، فلا يجب على أحدهما الإنفاق على الآخر . وفيه إشعار بأن نفقة السني على الموسر الشيعي كما أشير إليه في التكميل قهستاني ، والمراد الشيعي المفضل . بخلاف الساب القاذف فإنه مرتد يقتل إن ثبت عليه ذلك ، فإن لم يقتل تساهلا في إقامة الحدود فالظاهر عدم الوجوب ، لأن مدار نفقة الرحم المحرم على أهلية الإرث ، ولا توارث بين مسلم ومرتد ، نعم لو كان يجحد ذلك ولا بينة يعامل بالظاهر وإن اشتهر حاله بخلافه ، والله سبحانه أعلم (قوله إلا للزوجة الخ) لأن نفقة الزوجة جزاء الاحتباس وهو لا يتعلق باتحاد الملة ونفقة الأصول والفروع للجزئية وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لاتمتنع نفقة نفسه بكفره لا تمتنع نفقة جزئه ، إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مستأمنين لأننا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين كما في الهداية (قوله لا نقطاع الإرث) تعليل لقوله ولانفقة مع الاختلاف دينا ولقوله لاالحربيين ، فإن العلة فيهم عدم التوارث كما نص عليه في كافي الحاكم ، فقد أخر التعليل ليكون للمسألتين فافهم (قوله لأن له ولاية التصرف) فيه نظر . وعبارة الهداية وغيرها لأن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب ؛ ألا ترى أن للوصي ذلك فالأب أولى لوفور شفقته اهـ . قال في الفتح : وإذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه ، بخلاف العقار لأنه محصن بنفسه فلايحتاج إلى الحفظ بالبيع اهـ .

وحاصله أن المنقول مما يخشى هلاكه فللأب بيعه حفظا له وبعد بيعه يصير الثمن من جنس حقه فله الإنفاق منه فلايقال إنه إنما يكون حفظا إذا لم ينفق ثمنه لأن نفس البيع حفظا فلاينافي تعلق حقه في الثمن بعد البيع فافهم ، نعم استشكل الزيلعي أنه إذا كان البيع من باب الحفظ وله ذلك فما المانع منه لأجل دين آخر : قال في البحر : وأجاب عنه في غاية البيان بأن النفقة واجبة قبل القضاء والقضاء فيها إعانة لاقضاء على الغائب ، بخلاف سائر الديون اهـ تأمل .

ثم إن ما ذكر هنا قول الإمام وهو الاستحسان . وعندهما وهو القياس أن المنقول كالعقار لانقطاع ولاية الأب بالبلوغ ، وهل الجد كالأب ؟ لم أره (قوله لا الأم) ذكر في الأقضية جواز بيع الأبوين ، فيحتمل أن هذا رواية في أن الأم كالأب . ويحتمل أن المراد أن الأب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها ، أما بيعها بنفسها فبعيد لعدم ولاية الحفظ كما في الفتح وغيره ، فأفاد ترجيح الثاني . وفي الذخيرة أنه الظاهر ، ومثله في النهر عن الدراية . وفي القهستاني عن الخلاصة أن ظاهر الرواية أن الأم لاتبيع (قوله ولا بقية أقاربه) وكذا ابنه كما في القهستاني عن شرح الطحاوي (قوله فيبيع عقار صغير ومجنون) تفريع على قوله لا عقاره الراجع إلى الابن الكبير ، وزاد المجنون لأنه في حكم الصغير (قوله ولزوجته وأطفاله) المتبادر من كلامه أن الضمير راجع

بقدر حاجته لافوقها (ولا فى دين له سواها) لمخالفة دين النفقة لسائر الديون (ضمن) قضاء لاديانة (مودع الابن) كمديونه (لو أنفق الوديعة على أبويه) وزوجته وأطفاله (بغير أمر) مالك (أو قاض) إن كان وإلا فلا ضمان استحسانا كما لارجوع ، وكما لو انحصر إرثه فى المدفوع إليه لأنه وصل إليه عين حقه .

(و) الأبوان (لو أنفقا ماعندهما) لغائب (من ماله على أنفسهما وهو من جنسه) أى جنس النفقة (لا)

للأب كضمير له . وعبارة النهر ، ولم يقل لنفقته ، لماءرمن أنه ينفق على الأم أيضا من الثمن ، وينبغى أن تكون الزوجة وأولاده الصغار كذلك اه . والمتبادر منها أن المراد زوجة الغائب وأولاده لأن المراد من الأم أمه أيضا (قوله بقدر حاجته) قال فى النهر : وفى قوله للنفقة إيماء إلى أنه لا يجوز له بيع زيادة على قدر حاجته فيها ، كذا فى شرح الطحاوى اه . وعزاه فى البحر إلى غاية البيان .

قلت : وهذا مخالف لبحث النهر ، إلا أن يحمل على ما إذا لم يكن غيره ، ويؤيده أنه ينفق على أم الغائب أيضا كما علمته (قوله ولا فى دين له) أى للأب على الابن الغائب (قوله لمخالفة الخ) أشار إلى مامر من إشكال الزيلعى وجوابه (قوله لاديانة) فلومات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق لأنه لم يردبذلك غير الإصلاح بحر عن الفتح (قوله كمديونه) أى فإنه إذا أنفق على من ذكر مما عليه يضمن ، بمعنى أنه لا يبرأ قضاء ويبرأ ديانة رحمتى (قوله وزوجته وأطفاله) أشار إلى أن ذكر الأبوين غير قيد كما نبه عليه فى البحر . وفى النهر : إنما خص الأبوين ليعم الزوجة والأولاد بالأولى (قوله إن كان) أى إن وجد ثم قاض شرعى ،وهو من لم يأخذالقضاء بالرشوة ، ولم يطلب رشوة على الإذن ، وإلا فهو كالعدم رحمتى (قوله استحسانا) لأنه لم يرد به إلا الإصلاح ذخيرة . وفيها : وكذا قالوا فى مسافرين أغمى على أحدهما أو مات فأنفق الآخر عليه من ماله ، وفى عبد مأذون مات مولاه فأنفق فى الطريق ، وفى مسجد بلا متول له أوقاف أنفق عليه منها بعض أهل المحلة لا يضمن استحسانا فيما بينه وبين الله تعالى .

وحكى عن محمد أنه مات تلميذ له فباع كتبه وأنفق فى تجهيزه ، فقيل له إنه لم يوص بذلك ، فتلا محمد قوله تعالى — والله يعلم المفسد من المصلح — فما كان على قياس هذا لا يضمن ديانة استحسانا ، أما فى الحكم فيضمن ، وكذا لو عرف الوصى دينا على الميت فقضاه لا يأثم ، وكذا لو مات رب الوديعة وعليه مثلها دين لآخر لم يقضه فقضاه المودع ، ومثله المديون لو مات دائنه وعليه دين لآخر مثله لم يقضه فقضاه المديون ، وكذا الوارث الكبير لو أنفق على الصغير ولا وصى له فهو محسن ديانة متطوع حكما اه ملخصا من البحر لكن ذكر فى التاترخانية فى المسألة الأخيرة أنه إن كان طعاما لا ينفق سواء كان الصغير فى حجره أولا ، وإن كان دراهم يملك شراء الطعام لو فى حجره ، وإن كان شيئا يحتاج إلى بيعه لا يملك إلا إن كان وصيا (قوله كما لا رجوع) أى للمودع على الأب بما أنفقه عليه إذا ضمنه الغائب ، لأن المودع ملك المدفوع بالضمان فكان متبرعا بملك نفسه .

قال فى البحر : وظاهره أنه لافرق بين أن ينفق عليهم أو يدفع إليهم فى وجوب الضمان وعدم الرجوع عليهم لوجود العلة فيهما . ويظهر أنه لاضمان لو أجاز المالك لأن الإجازة إبراء منه ولأنها كالوكالة السابقة اه (قوله وكما لوانحصر إرثه الخ) فإذا أنفق على أبى الغائب مثلا بلا أمر ثم مات الغائب ولا وارث له غير الأب فلا رجوع للأب على المودع لأنه وصل إليه عين حقه ، وهذا ذكره فى النهر بحثا وشبهه بما لو أطعم المغصوب للمالك بغير علمه (قوله لغائب) أى هو ولدهما (قوله أى جنس النفقة) الأنسب لتذكير الضمير قول المنح من جنس حقهما أى النفقة (قوله لوجوب نفقة الولاد والزوجية) أشار بهذا إلى أن الأبوين فى المتن ليس بقيد بل الزوجة

لايضمنان لوجوب نفقة الولاد والزوجية قبل القضاء؛حتى لو ظفر بجنس حقه فله أخذه ، ولذا فرضت من مال الغائب بخلاف بقية الأقارب .

ولو قال الابن أنفقته وأنت موسر وكذبه الأب حكم الحاكم يوم الخصومة ،ولو برهنا فبينة الابن خلاصة .

(قضى بنفقة غير الزوجة) زاد الزيلعى والصغير (ومضت مدة) أى شهر فأكثر (سقطت) لحصول الاستغناء فيما مضى ، وأما مادون شهر

وبقية الأولاد كذلك كما فى البحر ح (قوله حتى لو ظفر) أى أحد هؤلاء (قوله فله أخذه) أى بلا قضاء ولارضا بحر ، وهذا مقيد بإباء الابن ، وأن لا يكون ثمة قاض كما سلف ط (قوله حكم الحاكم) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها حكم الحال : أى حال لأب يوم الخصومة ، فإن كان معسرا فالقول له استحسانا فى نفقة مثله ، وإلا فالقول للابن بحر (قوله ولو برهنا فبينة الابن) أى لأنه يثبت أمرا عارضا خانية أى لأن الأصل الإعسار واليسار عارض ، ومقتضى هذا الإطلاق أنه مع البينة لاينظر إلى تحكيم الحال وإلا فهذا ظاهر فيما إذا كان معسرا يوم الخصومة لأن الظاهر للأب ، ولذا كان القول له فتكون البينة المعتبرة بينة الابن لإثباتهاخلاف الظاهر ،أما لو كان موسرا يومها فينبغى أن تقدم بينة الأب على أنه كان معسرا يوم الإنفاق ، كما لو برهن وحده تأمل .

قلت : وما مر من أن القول لمنكر اليسار والبينة لمدعيه فلعله عند عدم العلم بالحال تأمل (قوله غير الزوجة) يشمل الأصول والفروع والمحارم والمماليك (قوله زاد الزيلعى والصغير) يعنى استثناه أيضا فلا تسقط نفقته المقتضى بها بمضى المدة كالزوجة ، بخلاف سائر الأقارب .

ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعى نقله عن الذخيرة عن الحاوى فى الفتاوى ، وأقره عليه فى البحر والنهر وتبعهم الشارح مع أنه مخالف لإطلاق المتون والشروح وكافى الحاكم .

مطلب فى مواضع لا يضمن فيها المنفق إذا قصد الإصلاح

وفى الهداية : ولوقضى القاضى للولد والوالدين وذوى الأرحام بالنفقة فمضت مدة سقطت ، لأن نفقةهؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة ، بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضى لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى اه وقرر كلامه فى فتح القدير . ولم يعرج على مامر عن الذخيرة ، على أنه فى الذخيرة صرح بخلافه وعزاه إلى الكتاب فإنه قال فيها قال أى فى الكتاب ، وكذلك إن فرض القاضى النفقة على الأب فغاب الأب وتركهم بلا نفقة فاستدانت بأمر القاضى وأنفقت عليهم ترجع عليه بذلك ، فإن لم تستدن بعد الفرض وكانوا يأكلون من مسألة الناس لم ترجع على الأب بشىء، لأنهم إذا سألوا وأعطوا صار ملكا لهم فوقع الاستغناء عن نفقة الأب واستحقاق هذه النفقة باعتبار الحاجة .

فإن كانوا أعطوا مقدار نصف الكفاية سقط نصف الكفاية عن الأب ، وتصح الاستدانة فى النصف بعد ذلك ، وعلى هذا القياس ، وليس هذا فى حق الأولاد خاصة ، بل فى نفقة جميع المحارم إذا أكلوا من مسألة الناس لارجوع لهم ، لأن نفقة الأقارب لا تصير دينا بالقضاء بل تسقط بمضى المدة ، بخلاف نفقة الزوجة اه ومثله فى شرح أدب القضاء للخصاف ، وذكر مثله قاضيخان جازما به ، وقد قال فى أول كتابه إن مافيه أقوال اقتصرت فيه على قول أوقولين ، وقدمت ما هو الأظهر وافتتحت بما هو الأشهر . وقد راجع الرحمتى نسخة من الذخيرة محرفة حتى اشتبه عليه مامر بمسألة الموت الآتية وحكم على الزيلعى ومن تبعه بالوهم ، وقال لأن مراد الحاوى أن نفقة الصغير لا تسقط بعد الاستدانة ، وأطال بما لايجدى نفعا ، والصواب فى الرد على الزيلعى ما قدمناه (قوله وأما مادون شهر) محترز قوله أى شهر فأكثر .

ونفقة الزوجة والصغير فتصير دينا بالقضاء (إلا أن يستدين) غير الزوجة (بأمر قاض) فلو لم يستدن بالفعل فلا رجوع ، بل فى الذخيرة : لو أكل أطفاله من مسألة الناس فلا رجوع لأمهم ؛ ولو أعطوا شيئا واستدانت شيئا أو أنفقت من مالها رجعت بما زادت خانية

ووجهه أن هذه المدة قصيرة وأن القاضى مأمور بالقضاء ، فلو سقطت المدة القصيرة لم يكن للأمر بالقضاء فائدة لأنه إذا كان كل ما مضى سقط لم يمكن استيفاء شىء كما فى الفتح (قوله ونفقة الزوجة والصغير) محترز قوله غير الزوجة والصغير ، أما الصغير ففيه ما علمت ، وأما الزوجة فإنما تصير دينا بالقضاء ولا تسقط بمضى المدة ، لأن نفقتها لم تشرع لحاجتها كالأقارب بل لا حتباسها ، وقد علم من هذا أنها بعد القضاء لاتسقط بمضى المدة سواء كانت شهرا أو أكثر أو أقل ، نعم تسقط نفقتها بمضى المدة قبل القضاء إن كانت شهرا فأكثر كما قدمناه عند قول المصنف والنفقة لا تصير دينا إلا بالقضاء .

والحاصل أن نفقة الزوجة قبل القضاء كنفقة الأقارب بعد القضاء فى أنها تسقط بمضى المدة الطويلة (قوله غير الزوجة) أما هى فترجع بما فرض لها ولو أكلت من مال نفسها أو من مسألة كما فى الخانية وغيرها فاستدانتها بعد الفرض غير شرط ، نعم استدانتها للصغير شرط كما علمته مما مر ويأتى (قوله فلو لم يستدن) أفاد أن مجرد الأمر بالاستدانة لا يكفى ، وما فهمه بعضهم من عبارة الهداية فهو غلط كما نبه عليه فى [أنفع الوسائل] (قوله بل فى الذخيرة) هذا محل التفريع ، فكان المناسب أن يقول ففى الذخيرة الخ ، وهذا أيضا فيما إذا فرض القاضى لهم النفقة وأمر الأم بالاستدانة كما علمته من كلام الذخيرة ، وأنت خبير بأن هذا مخالف لماقدمه عن الزيلعى من قوله والصغير كما نبهنا عليه آنفا فافهم (قوله أو أنفقت من مالها) هذا من كلام الخانية كما تعرفه ، وما قبله مذكور فى الخانية أيضا ، وقوله رجعت بما زادت : أى بما استدانته أو أنفقته من مالها لتكميل نفقتها . وأفاد أن الإنفاق من مالها على الأولاد قائم مقام الاستدانة فهو تقييد لقوله فلو لم تستدن بالفعل فلا رجوع ، لكن هذا فهم لصاحب البحر وهو غير صحيح ، فإنه قال : وفى الخانية : رجل غاب ولم يترك لأولاده الصغار نفقة ولأمهم مال تجبر الأم على الإنفاق ثم ترجع بذلك على الزوج اهـ : قال فى البحر : ولم يشترط الاستدانة ولا الإذن بها ، فيفرق بين ما إذا أنفقت عليهم من مالها وبين ما إذا أكلوا من المسألة اهـ :

قلت : لايخفى عليك أن ما فى الخانية من مسائل أمر الأبعد بالإنفاق عند غيبة الأقرب ، وهى كثيرة تقدمت فى الفروع عن واقعات المفتين لقدرى أفندى ، ففيها يأمر القاضى الأبعد ليرجع على الأقرب كالأم ليرجع على الأب فهو أمر بالإدانة ، ويحبس الممتنع عنها لأن هذا من المعروف كما قدمه عن الزيلعى والاختيار قبيل قول المصنف قضى بنفقة الإعسار ، فإذا كانت الأم موسرة تؤمر بالإدانة من مالها ، وإن كانت معسرة تؤمر بالاستدانة ، ففى كل منهما إذا أكل الأولاد من مسألة الناس سقطت نفقتهم عن أبيهم لحصول الاستغناء فلاترجع الأم بشىء فى الصورتين . وأما إذا أمرت بالاستدانة ولم تستدن بل أنفقت من مالها فلا رجوع لها أيضا ، بمنزلة ما إذا أكلوا من المسألة لأنها لم تفعل ما أمرها به القاضى القائم مقام الغائب ، ولذا صرحوا باشتراط الاستدانة بالفعل ولم يكف مجرد الأمر بها ، خلافا لمن غلط فيه كما قدمناه عن أنفع الوسائل ، ويدل على أن إنفاقها لايقوم مقام الاستدانة ما صرح به فى البزازية بقوله : وإن أنفقت عليه من مالها أو من مسألة الناس لاترجع على الأب وكذا فى نفقة المحارم اهـ فهذا صريح فيما قلناه ، وأشار إلى بعضه المقدسى والخير الرملى فافهم ، نعم لو أمرت بالإنفاق وهى موسرة فاستدانت وأنفقت منه ترجع ، لأن ما استدانته دين عليها لاعلى الأب لأنه لايصير دينا على

(وينفق منها) عزاه فى البحر للمبسوط ، لكن نظر فيه فى النهر بأنه لاأثر لإنفاقه بما استدانه حتى لو استدان وأنفق من غيره ووفى مما استدانه لم تسقط أيضاً اه (فلو مات الأب) أو من عليه النفقة (بعدها) أى الاستدانة المذكورة (فهى) أى النفقة (دين) ثابت (فى تركته فى الصحيح) بحر ، ثم نقل عن البزازية تصحيح ما يخالفه ، ونقله المصنف عن الخلاصة قائلا : ولولم ترجع حتى مات لم تأخذها من تركته هو الصحيح اه ملخصا ، فتأمل ؛

وفى البدائع : الممتنع من نفقة القريب المحرم يضرب ولا يحبس لفواتها بمضى الزمن فيستدرك بالضرب ،

الأب إلا بالأمر بالاستدانة عليه لعموم ولاية القاضى ، فإذا كان دينا عليها صار من مالها فلا فرق بين الإنفاق منه أو من مال آخر ، بخلاف ماإذا أمرت بالاستدانة وأنفقت من مالها فإنها تكون متبرعة ، فاغتنم تحرير هذا المقام (قوله وينفق منها) الأولى منه : أى مما استدانه (قوله لكن نظر فيه فى النهر الخ) قد يجاب عن البحر بأن المراد من قوله وينفق مما استدانه تحقيق الاستدانة ، فهو للاحتراز عما إذا لم يستدن وأنفق من ماله أو من صدقة ، ولذا قال فى البحر بعد ذكر هذا الشرط قال فى المبسوط : فلو أنفق بعد الإذن بالاستدانة من ماله أو من صدقة فلا رجوع له لعدم الحاجة ، وحينئذ فلا خلاف وسقط التنظير ، أفاده ط .

وحاصله أن الإنفاق مما استدانه غير شرط ، لكن قال الرحمتى : لو أنفق من غيره ، فإما أن يكون من ماله فلا يستحق نفقة لغناه به أو من مال غيره فهو استدانة ويصدق أنه أنفق مما استدانه ، لكن صاحب النهر مولع بالاعتراض على أخيه فى غير محله اه ؛

قلت : لكن هذا ظاهر إذا كان قبل الاسدانة ، أما بعد أن استدان وصار ما استدانه دينا على المقضى عليه ثم تصدق عليه بشىء فهل تسقط نفقته عن قريبه لأنها تجب كفاية للحاجة ، وقد حصلت بما صار معه من الصدقة فليس له أن ينفق مما استدانه حتى ينفق ما معه ، ولذا لودفع له القريب نفقة شهر قضى الشهر وبقى معه شىء لم يقض له بأخرى مالم ينفق مابقى ، أم لاتسقط لكون ما استدانه صار ملكه ، ولذا لوعجل له نفقة مدة فمات أحدهما قبل تمام المدة لا يسترد شىء منها اتفاقا كما فى البدائع . ونظيره ما مر فى موت الزوجة أو طلاقها ، فما استدانه فى حكم المعجل فيما يظهر ، فحيث ملكه فله أن ينفق منه أو من الصدقة ، لكن ليس له الاستدانة ثانيا مالم يفرغ جميع ما معه لتتحقق الحاجة .

فالحاصل أنه إذا استدان بأمر قاض صار ملكه ؛ ولذا لومات القريب بعدها يؤخذ من تركته ولا يسقط بالموت ، فلا فرق حينئذ بين أن ينفق منه أو مما ملكه بعد الاستدانة بصدقة أو غيرها ، هذا ما ظهر لفهمى القاصر فتأمله (قوله أو من عليه النفقة) أى من بقية الأقارب فالأب غير قيد (قوله دين ثابت فى تركته) فللأم أن تأخذها من تركته ذخيرة (قوله فتأمل) أى عند الفتوى ماهو الأولى من هذين القولين المصححين .

قلت : لكن نقل الثانى فى الذخيرة عن الخصاف الأول عن الأصل . قال الخير الرملى : وأنت على علم بأن تصحيح الخصاف لا يصادم تصحيح الأصل مع ما فيه من الإضرار بالنساء ، فينبغى أن يعول عليه اه أى على مافى الأصل للإمام محمد . وفى شرح المقدسى : ولومات من عليه النفقة المستدانة بإذن لم تسقط فى الصحيح فتؤخذ من تركته وإن صحح فى الخلاصة خلافه اه . ووفق ط بين القولين بما لايظهر ، وعزا ما فى المتن إلى الكنز والوقاية والإيضاح مع أنه غير الواقع ، فإن مسألة الموت مما زادها المصنف على المتون تبعا لشيخه صاحب البحر فافهم (قوله وفى البدائع الخ) تبع فى النقل عنها صاحب البحر والنهر . والذى رأيته فى البدائع عكس ذلك ، فإنه قال ويحبس فى نفقة الأقارب كالزوجات ، أما غير الأب فلا شك فيه ، وأما الأب فلأن فى النفقة ضرورة

وقيده فى النهر بحثا بما فوق الشهر لعدم سقوط مادونه كما مر ، ولايصح الأمر بالاستدانة ليرجع عليه بعد بلوغه .
(و) تجب النفقة بأنواعها (لمملوكه) منفعة ، وإن لم يملكه رقبة كموصى بخدمته . وفى القنية : نفقة المبيع على البائع مادام فى يده هو الصحيح . واستشكله فى البحر بأنه لاملك له رقبة ولامنفعة ، فينبغى أن تلزم المشترى

دفع الهلاك عن الولد ولأنها تسقط بمضى الزمان ، فلو لم يحبس سقط حق الولد رأسا فكان فى حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات ، لأن حبسه يحمله على الأداء ، وهذا لم يوجد فى سائر ديون الولد لأنها لاتفوت ، ولهذا قال أصحابنا : إن الممتنع من القسم يضرب ولا يحبس ، بخلاف سائر الحقوق لأنه لايمكن استدراك هذا الحق بالحبس لأنه يفوت بمضى الزمان فيستدرك بالضرب ، بخلاف سائر الحقوق اه ملخصا . وبه علم أن ما ذكره هو حكم الممتنع عن القسم بين الزوجات ، وقدمنا عن الذخيرة لايحبس والد وإن علا فى دين ولده وإن سفل إلا فى النفقة لأن فيه إتلاف الصغير ، وسيأتى فى فصل الحبس التصريح بذلك .

وفى الكنز : لايحبس فى دين ولده إلا إذا أبى عن الإنفاق عليه ، وذكر المصنف هنا مثله وعلى هذا فلايصح أن يقال إنه يمكن أن يستدين بأمر القاضى فلايلزم المحذور ، لأن الكلام فى الممتنع من الإنفاق وهو شامل للإنفاق بالاستدانة فحبس لينفق من ماله أو ليستدين فافهم . وقول البدائع : فلو لم يحبس سقط حق الولد رأسا أى كله ، بخلاف ما إذا حبس فإنه إنما يسقط حقه فى مدة الحبس فقط . وفى هذا دليل على أن الصغير ليس فى حكم الزوجة خلافا لما مر عن الزيلعى : لو كان فى حكمها لكان يمكن القاضى أن يقضى عليه بالنفقة فلايسقط منها شىء كسائر ديون الصغير (قوله وقيده) أى قيد عدم الحبس فى نفقة القريب ، وهذا مبنى على النقل الخطأ ، أما على الصواب الذى نقلناه فلا تقييد ثم قوله بما فوق الشهر حقه كما فى ط أن يقال بالشهر فما فوقه لأن الذى لا يسقط هو القليل وهو مادون شهر كمامر (قوله ولا يصح الأمر الخ) فى التتارخانية : امرأة لها ابن صغير لامال له ولاللمرأة فاستدانت وأنفقت على الصغير بأمر القاضى فبلغ لاترجع عليه بذلك اه أى أمرها القاضى بأن تستدين وترجع عليه بعد بلوغه كمافى البزازية . قال فى المنح : فقد أفاد أنه يملك الأمر بالاستدانه إلا إذا كان للصغير مال أو كان هناك من تجب نفقته عليه (قوله النفقة) أى على المولى ولو فقيرا قهستانى .

مطلب فى نفقة المملوك

(قوله لمملوكه) أى بقدر كفايته من غالب قوت البلد وإدامه ، وكذا الكسوة ولا يجوز الاقتصار فيها على ستر العورة ، ولا يلزم السيد إن تنعم على أن يدفع له مثله بل يستحب ، ولوقتر على نفسه شحا أو رياضة لزمه الغالب فى الأصح ، ويستحب التسوية بين عبيده وجواريه فى الأصح ، ويزيد جارية الاستمتاع فى الكسوة للعرف ، وعليه شراء ماء الطارة لهم وينبغى أن يجلسه ليأكل معه ط ملخصا عن الهندية (قوله منفعة) تمييز محول عن نائب الفاعل ، وخرج به مالك لمنافعه ، ودخل فيه المدبر وأم الولد فإنهما كالقن ولوله كبيرا(١) ذكرا صحيحا ولو له أب حاضر ولو أمة متزوجة مالم يبوئها منزل الزوج كما فى البحر (قوله كموصى بخدمته) إلا إذا مرض مرضا يمنعه من الخدمة أو كان صغيرا لايقدر على الخدمة فنفقته على الموصى له بالرقبة حتى يصح ويبلغ الخدمة نهر (قوله هو الصحيح) وقيل يرفع البائع الأمر إلى الحاكم فيأذن له فى بيعه أو إجارته قنية ، وفيها أن نفقة المبيع بشرط الخيار على من له الملك فى العبد وقت الوجوب ، وقيل على البائع ، وقيل يستدين فيرجع على من يصير له الملك كصدقة الفطر اه (قوله فينبغى أن تلزم المشترى) تتمة عبارة البحر هكذا وتكون تابعة للملك كالمرهون كما بحثه

---

(١) (قوله ولوله كبيرا الخ) هكذا بالأصل المقابل على خطه ، ولعل الظاهر إسقاط لفظ له اه مصححه .

(فإن امتنع فهي في كسبه) إن قدر بأن كان صحيحا ، ولو غير عارف بصناعة فيؤجر نفسه كمعين البناء بحر (وإلا) كـكونه زمنا أو جارية (لا) يؤجر مثلها (أمره القاضي ببيعه) وقالا يبيعه القاضي، وبه يفتى (إن محلاله) وإلا كمدبر وأم ولد ألزم بالإنفاق لاغير .

(عبد لاينفق عليه مولاه أكل) أو أخذ من مال مولاه (قدر كفايته بلا رضاه عاجزا عن الـكسب) أو لم يأذن له فيه (وإلا لا) يأكل ، كما لو قتر عليه مولاه لايأكل منه بل يكتسب إن قدر مجتبى . وفيه : تنازعا في عبد أو دابة في أيديهما يجبران على نفقته (نفقة العبد المغصوب على الغاصب إلى أن يرده إلى مالـكه ، فإن طلب) الغاصب (من القاضي الأمر بالنفقة أو البيع لايجيبه) لأنه مضمون عليه (و) لـكن (إن خاف) القاضي (على العبد الضياع باعه القاضي لا الغاصب وأمسك) القاضي (ثمنه لمالـكه . طلب المودع) أو آخذ الآبق أو أحد شريكي عبد غاب أحدهما (من القاضي الأمر بالنفقة على عبد الوديعة)

بعضهم كما في القنية أيضا اهـ ومثله في النهر . والجواب أن المبيع باق في ضمان البائع واجب تسليمه كالمغصوب نفقته على الغاصب ولا ملك له فيه رقبة ولا منفعة ولأنه قبل القبض بفرض العود إلى ملكه إذا هلك ولذا يسقط ثمنه رحمتي (قوله كمعين البناء) هو من يعجن له الطين ويناوله مايبني به ، وهو تمثيل للصحيح غير العارف بصناعة (قوله وإلا) أي إن لم يكن له كسب (قوله أو جارية لايؤجر مثلها) بأن كانت حسناء يخشى عليها الفتنة والحال أنها عاجزة عن الكسب، حتى لو كانت الأمة قادرة عليه ومعروفة بذلك بأن كانت خبازة أو غسالة تؤمر به أيضا هكذا قال الإمام أبو بكر البلخي وأبو إسحق الفقيه الحافظ هندية . قال في الشرنبلالية : فعلم أن الأنوثة هنا ليست أمارة العجز بخلافها في ذوي الأرحام اهـ وتمامه في ط . وقدمنا هناك عن الرملي أن البنت لو كان لها كسب لا تلزم نفقتها الأب (قوله أمره القاضي) وإن امتنع حبسه كما في الدر المنتقى .

قلت : فلو كان السيد غائبا هل يبيعه القاضي؟ الظاهر نعم كما يأتي في العبد الوديعة ، وتقدم أنه لايفرض له القاضي في مال سيده الغائب بخلاف الزوجة وقرابة الولاد (قوله وقالا يبيعه القاضي) لأنهما يريان جواز البيع على الحر لأجل حق الغير ، وسيأتي في الحجر أن الفتوى عليه ، فأما الإمام فإنه لايرى ذلك ولكن يحبسه نهر (قوله ألزم بالإنفاق) فإن غاب ولا مال له حاضر فالظاهر أن القاضي يأمره بالاستدانة على سيده إحياء لمهجته ويحتمل أن تلزم نفقته على بيت المال كالمعتق تأمل (قوله أو أخذ) أي ثوبا يكتسي به أم دراهم يشتري بها (قوله وإلا) أي إن لم يكن عاجزا عن الكسب وأذن له فيه (قوله كما لو قتر) أي ضيق (قوله لايأكل منه) أي من مال مولاه (قوله يجبران على نفقته) وكذا ولد أمه مشتركة ادعاه الشريكان ، وعليه إذا كبر نفقة كل واحد منهما ط عن الهندية ، ولو أثبت أحدهما الحق له لم يرجع عليه الآخر لتبرعه حيث تعرض لمال غيره أو لوجوبه عليه رحمتي (قوله لأنه مضمون عليه) فإنه لو تعيب عنده أو هلك يضمن للمالك إلى أن يرده عليه والرد واجب ، وإن كان المالك غائبا فما بقي عند الغاصب فهو متبرع بما ينفقه (قوله ولكن إن خاف الخ) بأن خاف هربه بالعبد أو نحوه (قوله أو آخذ الآبق) ما كان ينبغي ذكره على هذا الوجه لأن ذلك بحث لصاحب النهر حيث قال ونقلوا في آخذ الآبق إذا طلب من القاضي ذلك فإن رأى الإنفاق أصلح أمره وإن خاف أن تأكله النفقة أمره بالبيع فيقال إن أمره بالإجارة أصلح فلم لم يذكروه اهـ فالمنقول في حكمه مخالف للمودع والمشترك على أن الرملي وغيره أجاب بأن الآبق يخشى عليه الإباق ثانيا فالغالب انتفاء أصلحية إجارته للغير فلذا سكتوا عنه ثم بحث الرملي أن الحكم دائر مع الأصلحية حتى في المودع لو كان الأصلح الإنفاق عليه أمره به فلا فرق بينهما تأمل اهـ قال في البحر وكذلك أي كالعبد الآبق إذا وجد دابة ضالة في المصر أو في غير المصر (قوله أو أحد شريكي عبد الخ) أي فيرفع الشريك الأمر إلى القاضي

ونحوها (لايجيبه) لئلا تأكله النفقة (بل يؤجره وينفق منه أو يبيعه ويحفظ ثمنه لمولاه) دفعا للضرر ، والنفقة على الآجر والراهن والمستعير . وأما كسوته فعلى المعير ، وتسقط بعتقه ولو زمنا ، وتلزم بيت المال خلاصة .

(دابة مشتركة بين اثنين امتنع أحدهما من الإنفاق أجبره القاضى) لئلا يتضرر شريكه جوهرة . وفيها(ويؤمر) إما بالبيع وإما (بالإنفاق على بهائمه ديانة لاقضاء على) ظاهر (المذهب) للنهى عن تعذيب الحيوان وإضاعة المال . وعن الثانى يجبر ، ورجحه الطحاوى والكمال ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . ولا يجبر فى غير الحيوان وإن كره تضييع المال مالم يكن له شريك كما مر .

قلت : وفى الجوهرة : وإن كان العبد مشتركا فامتنع أحدهما أنفق الثانى ورجع عليه .

ونقل المصنف تبعا للبحر عن الخلاصة : أنفق الشريك على العبد فى غيبة شريكه بلا إذن الشريك أو القاضى

ويقيم البينة على ذلك والقاضى بالخيار فى قبول هذه البينةوعدمه ، فإن قبلها فالحكم ماذكر كما فى البحر عن الخانية ، ويأتى ما إذا امتنع أحدهما عن الإنفاق (قوله ونحوها) وهو الآبق والمشترك (قوله لايجيبه الخ) ذكر فى الذخيرة أن القاضى إن رأى الإنفاق أصلح أمره بذلك ، وكذلك فى اللقيط واللقطة ، وبه علم أن المدار على الأصلحية (قوله والنفقة على الآجروالراهن) أى نفقة العبد المأجور والمرهون على مالكه والمستعار على المستعير ، لأنه يستوفى منفعته بلا عوض ، فهو محبوس فى منفعته ، وقد مر أول الباب أن كل محبوس لمنفعة غيره تلزمه نفقته . ومافى البحر من قوله وكذا النفقة على الراهن والمودع فالظاهر أن المودع بكسر الدال اسم فاعل وإلاخالف ماتقدم من القاضى يؤجره لينفق عليه أو يبيعه (قوله وأما كسوته فعلى المعير) لعل وجه الفرق بين نفقته وكسوته أن الطعام يستهلكه العبد فى حال احتباسه فى منفعة المستعير فلايملكه المولى ، أما الكسوة فتبقى فلو لزمته كسوته صارت ملكا للمولى العبد والعارية تمليك المنفعة بلا عوض ، ففى إيجاب الكسوة عليه إيجاب العوض تأمل (قوله وتسقط بعتقه) أى إذا أعتق السيد عبده سقطت عنه نفقته (قوله وتلزم بيت المال) أى إذا كان عاجزا وليس له قريب ممن تلزمه نفقته (قوله أجبره القاضى) أى على الإنفاق عليها ، وهذا ذكره فى المحيط . وذكر الخصاف أن القاضى يقول للآبى إما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ، كذا فى الفتح والبحر (قوله جوهرة) لم يذكر فى الجوهرة مسألة الدابة المشتركة وإنما ذكر ما بعدها ، فالمناسب عزو ذلك للفتح أو البحر كما ذكرنا (قوله ويؤمر الخ) المالك الذى لاشريك معه فهنا لايجبر قضاء ، بخلاف ما لو كان معه شريك فإنه يجبر رعاية لحق الشريك كما علمت (قوله لا قضاء) لأنها ليست من أهل الاستحقاق بخلاف العبد كما فى الهداية (قوله والكمال) قال : والحق ما عليه الجماعة لأن غاية ما فيه أن يتصور فيه دعوى حسبة فيجبر القاضى على ترك الواجب ولا بدع فيه وأقره فى البحر والنهر والمنح (قوله ولا يجبر فى غير الحيوان) أى كالدور والعقار والزرع (قوله مالم يكن له شريك) أى فإنه كان له شريك فإنه يجبر حيث لم تمكن القسمة ككرى نهر ومرمة قناة وبئر ودولاب وسفينة معيبة وحائط إلا إن كان يمكن قسمه من أساسه ويبنى كل واحد فى نصيبه السترة ، وسيأتى تمام الكلام عليه فى آخر الشركة إن شاء الله تعالى (قوله كمامر) أى نظير مامر آنفا فى الدابة المشتركة من أنه يجبر الممتنع لئلايتضرر شريكه (قوله أنفق الثانى ورجع عليه) هذا خلاف ما قدمه من أن حكمه حكم عبد الوديعة . وأجاب ح بأن هذا متعنت فى الا متناع ، بخلاف ماتقدم فإنه معذور بغيبته اه .

قلت : لكن لابدمن إذن القاضى أو الشريك كما أفاده الشارح بعده . وفى البزازية : قال أحدهما : ليس لى شىء أنفقه وأنفق الآخر على حصته يبيع الحاكم حصة الآبى ممن ينفق عليه ، فإن لم يجد استدان عليه ، فإن لم يجد أنفق

فهو متطوع ، وكذا النخيل والزرع والوديعة واللقطة والدار المشتركة إذا استرمت ، والله أعلم .

كتاب العتق

ميزت الإسقاطات بأسماء اختصارا ، فإسقاط الحق عن القصاص عفو ، وعما فى الذمة إبراء ، وعن البضع طلاق ، وعن الرق عتق . وعنون به لا بالإعتاق ليعم نحو استيلاد وملك قريب .

(هو) لغة الخروج عن المملوكية من باب ضرب ، ومصدره عتق وعتاق . وشرعا (عبارة عن إسقاط المولى

من بيت المال ، فإن قال الشريك أنفق على حصته أيضا ويكون ذا دينا على المولى فعل ، لكن لا يجبر عليه ، فإن فضل عن قيمة العبد لا يكون دينا على العبد بل على المولى اه (قوله والوديعة واللقطة) أى إذا أقام بينة على ذلك ، فإن شاء القاضى قبلها وأمره بالإنفاق إن كان أصلح وإلا أمره ببيعها كما فى الذخيرة ، والأمر بالإنفاق يحتمل كونه من أجرتها أو من مال المأمور أيهما كان أصلح يأمره القاضى به كما علم مما مر (قوله إذا استرمت) أى احتاجت للإصلاح كأنها تطلبه . وفى المصباح : رممت الحائط وغيره رما من باب قتل أصلحته ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

كتاب العتق

(قوله ميزت الإسقاطات الخ) جمع إسقاط ، والمراد به ما وضعه الشارع لإسقاط حق للعبد على آخر ، وأشار إلى وجه مناسبة ذكر العتق عقب الطلاق وهو اشتراكهما فى أن كلا منهما إسقاط الحق ، وقدم الطلاق لمناسبة النكاح (قوله اختصارا) لأن أعتق أخصر من أسقط حقه عن مملوكه ، وكذا الباقى (قوله وعن الرق عتق) المناسب إعتاق ، لأن العتق قائم بالعبد والإعتاق وهو الإسقاط فعل المولى ، أفاده الرحمتى . قال فى المصباح : ويتعدى بالهمزة فيقال أعتقته فهو معتق لا بنفسه فلا يقال عتقه ولا أعتق هو بالألف مبنيا للفاعل بل الثلاثى لازم والرباعى متعد ، ولا يجوز عبد معتوق ، لأن مجىء مفعول من أفعلت شاذ مسموع لا يقاس عليه وهو عتيق فعيل بمعنى مفعول وجمعه عتقاء ، وأمة عتيق أيضا وربما قيل عتيقة وجمعه عتائق اه لكن قال فى الفتح : وقد يقال العتق بمعنى الإعتاق فى الاستعمال الفقهى تجوزا باسم المسبب ، كقول محمد أنت طالق مع عتق مولاك إياك اه (قوله وعنون به الخ) أى جعله عنوانا بضم العين وقد تكسر : ما يستدل به على الشىء مصباح ، ومراده أن العتق صفة قائمة بمن كان رقيقا والإعتاق إيقاع العتق من المولى ، وليس فى الاستيلاد وملك القريب إعتاق بل عتق فلذا عنون به لا بالإعتاق . وقد يقال : إن الاستيلاد والشراء فعل المولى . والجواب أن العتق حصل بموت سيد المستولدة . وفى الشراء : هو أثر الملك لا فعل منه (قوله لغة الخروج عن المملوكية) عزاه فى البحر إلى ضياء الحلوم ، ورد به قولهم إنه فى اللغة القوة . وفى الشرع القوة الشرعية ، لأن أهل اللغة لم يقولوا ذلك . واعترضه فى النهر بأن ما رده نقله فى المبسوط ، وعليه جرى كثير ، فبعد كون الناقل ثقة لا يلتفت إلى رد . قلت : وحقق فى الفتح هذا المقام بما يشفى المرام (قوله ومصدره عتق وعتاق) وكذا عتاقة بفتح الأول فيهن ، والعتق بالكسر اسم منه مصباح ، ومثله فى القهستانى ، وما نقل عن البحر من أن الأول بالكسر والثانى بالفتح لم أجده فيه فافهم (قوله وشرعا عبارة عن إسقاط الخ) المناسب عن سقوط ، لأن المحدث عنه العتق ، والإسقاط معنى الإعتاق كما علمت إلا أن يكون أطلق العتق على الإعتاق تجوزا كما مر ، والمراد بالوجه المخصوص ما استوفى ركنه وشروطه من قول أو فعل كملك القريب بشراء ونحوه ، فإن فيه إسقاطا معنى وإلا كان التعريف قاصرا فافهم . وعرفه فى الكنز وغيره بأنه إثبات القوة الشرعية للمملوك ، وهى قدرته على التصرفات الشرعية ، وأهليته للولايات والشهادات ، ورفع تصرف الغير عليه .

حقه عن مملوكه بوجه) مخصوص (يصير به المملوك) أي بالإسقاط المذكور (من الأحرار) وركنه اللفظ الدال عليه أو مايقوم مقامه ، كملك قريب ودخول حربى اشترى مسلما دار الحرب. وصفته واجب لكفارة، ومباح بلا نية لأنه ليس بعبادة حتى صح من الكافر . ومندوب لوجه الله تعالى لحديث عتق الأعضاء ، وهل يحصل ذلك بتدبير وشراء قريب ؟ الظاهر نعم ، ومكروه لفلان ، وحرام بل كفر للشيطان :

ثم اعلم أنه سيأتى فى عتق البعض أن الإعتاق يتجزأ عنده لاعندهما ، ومبنى الخلاف على مايوجبه الإعتاق أولا وبالذات . فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق ، لكن بعد زوال الملك عن الكل. وعندهما زوال الرق ، ولا يخفى أن كلا من التعريفين يأتى على كل من القولين بأن يراد بالأول إسقاط الملك أو إسقاط الرق، وبالثانى إثبات القوة المستتبعة لزوال الملك أو زوال الرق فافهم (قوله يصير به المملوك من الأحرار) خرج به التدبير والكتابة قبل موت السيد وأداء النجوم فإن فيهما إسقاط البيع والهبة والوصية، لكن لم يصر العبد بهما من الأحرار ط ، (قوله وركنه اللفظ الدال عليه) سواء كان إقرارا بالحرية أو ادعاء النسب أو لفظا إنشائيا والضمير يرجع إلى العتق سواء نشأ عن إعتاق أم لا ليصح قوله وملك قريب ط (قوله ودخول حربى الخ) صورته : اشترى حربى مستأمن عبدا مسلما فأدخله دار الحرب عتق عند مولانا الإمام رضى الله عنه وقال صاحباه لايعتق ط وإنما عتق إقامة لتباين الدارين مقام الإعتاق ، وهذه إحدى مسائل تسع يعتق العبد فيها بلا إعتاق ، لأنه عتق حكمى كما سيأتى فى الجهاد قبيل باب المستأمن إن شاء الله تعالى (قوله واجب لكفارة) أى كفارة قتل وظهار وإفطار ويمين ، وهل المراد بالواجب المصطلح عليه أو الافتراض قولان ط (قوله بلا نية) أى نية قربة أو معصية ط (قوله لأنه ليس بعبادة) أى وضعا ويصير عبادة أو معصية بالنية كغيره من العبادات رحمتى (قوله لحديث عتق الأعضاء) هو ما رواه الستة عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا من النار » وفى لفظ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج» وأخرج أبوداود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار ، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار » وروى أبو داود « وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين إلا كانتا فكاكه من النار يجزى مكان عظمين منهما عظما من عظامه » وهذا دليل مافى الهداية من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة ، لأنه ظهر أن عتقه بعتق المرأتين ، بخلاف عتقه رجلا كذا فى الفتح (قوله وهل يحصل ذلك) أى المندوب المترتب عليه الثواب المذكور مع النية من غير توقف على مادة العتق والبحث لصاحب النهر ط (قوله الظاهر نعم) لأن بالتدبير إعتاقا مآلا وبشراء القريب إعتاقا وصلة ، وفى الحديث « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده رقيقا فيشتريه فيعتقه » أى فيتسبب عن شرائه عتقه إذ هو لا يتأخر عنه رحمتى (قوله ومكروه لفلان) صرح فى الفتح بأنه من المباح ، وكذا فى البحر عن المحيط . ثم قال فى البحر : ففرق بين الإعتاق لآدمى وبين الإعتاق للشيطان ، وعلل حرمة الإعتاق للشيطان بأنه قصد تعظيمه اهـ أى بخلاف قصد تعظيم فلان لأنه غير منهى تأمل (قوله وحرام بل كفر للشيطان) وكذا للصنم كما سيأتى ، ولعل وجه القول بأنه كفر هو ما سيذكره عن الجوهرة أن تعظيمهما دليل الكفر الباطن كالسجود للصنم ولو هزلا فيحكم بكفره . وهذا كله إذا لم يقصد التقرب والعبادة وإلا فهو كفر بلا شبهة سواء كان لفلان أو للشيطان :

وذكر فى فتح القدير أن من الإعتاق المحرم إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد

(ويصح من حر مكلف) ولو سكران أو مكرها أو مخطئا أو مريضا أو لايعلم بأنه مملوكه ، كقول الغاصب للمالك أو البائع للمشترى أعتق عبدى هذا وأشار إلى المبيع عتق ، لامن صبى ومعتوه ومدهوش ومبرسم ومغمى عليه ومجنون ونائم ، كما لايصح طلاقهم ؛ولو أسنده لحالة مما ذكر أو قال وأنا حربى فى دار الحرب وقد علم ذلك فالقول له (فى ملكه) ولو رقبة كمكاتب ، وخرج عتق الحمل إذا ولدته لستة أشهر فأكثر (ولو لأقل صح ولو بإضافته إليه)

أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق ،وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية . قال :وفى عتق العبد الذمى مالم يخف منه ماذكرنا أجر لتحصيل الجزية منه للمسلمين .

[فرع] فى البحر عن المحيط : ويستحب أن يكتب للعتق كتابا ،ويشهد عليه شهودا توثيقا وصيانة عن التجاحد والتنازع فيه كما فى المداينة ، بخلاف سائر التجارات لأنه مما يكثر وقوعها ، فالكتابة فيها تؤدى إلى الحرج ولاكذلك العتق (قوله ويصح من حر) فلا يصح من عبد ولو مكاتبا لمنعه عن التبرعات أو مأذونا لذلك ولعدم الملك ، ولذا قال فى البحرلاحاجة إليه مع ذكر الملك (قوله مكلف) أى عاقل بالغ ،ومحترزه قوله لامن صبى الخ ولم يشترط الإسلام لأنه يصح من الكافر ولو مرتدا . أما إعتاق المرتد فموقوف عنده نافذعندهما ، ولاقبول العبد لأنه غير شرط إلا فى الإعتاق على مال كما سيذكره فى بابه بحر ، ولا النطق باللسان لأنه يصح بالكتابة المستبينة والإشارة المفهمة بدائع أى من الأخرس (قوله ولو سكران أو مكرها الخ) سيأتى فى المتن التصريح بهذين ، لكن ذكرهما تتميما للتعميم فإنه أشار إلى أنه لايشترط كونه صاحيا أوطائعا أو عامدا أو مريضا أو عالما بأنه مملوك لأن السكران بمحظور غير معذور فهو فى حكم الصاحى فى الأحكام والمكره اختارأيسر الأمرين فكان قاصداله وإن عدم الرضا وما صح مع الهزل لايؤثر فيه الإكراه لعدم توقفه على الرضا ولذا صح من المخطىء أيضا (قوله وأشار إلى المبيع) فيه اكتفاء والأصل أو إلى المغصوب (قوله عتق) أى إذا قال المشترى أو المالك أعتقته ، ويكون هذا بمنزلة القبض من المشترى فيلزمه الثمن ، وبمنزلة القبض من المغصوب منه فلا يلزم الغاصب شىء سائحانى (قوله ومعتوه الخ) تقدم فى أول الطلاق بيان معانيها فراجعه (قوله ومجنون) أى فى حال جنونه ، حتى لو كان يجن ويفيق فأعتق فى حال إفاقته يصح (قوله أو قال وأنا حربى الخ) كونه حربيا غير قيد بل يشترط كون العبد حربيا فإنه لا يعتق إلا بالتخلية ، بخلاف المسلم أو الذمى كما يذكره (قوله وقد علم ذلك) أى علم منه وقوع العته ونحوه ،وكونه فى دار الحرب . وأما الصبا والنوم فمعلومان قطعا ،لكن ينبغى تقييد تصديقه فيهما بما إذا لم يعلم ملكه له بعد صباه وبعد إفاقته من آخر نومة تأمل (قوله فالقول له) وهل يحلف إذا طلب العبد تحليفه يحرر ط .

قلت : كل من إذا أقر بشىء لزمه فإنه يحلف رجاء نكوله إلا فى اثنين وخمسين تأتى قبيل البيوع ليست هذه منها (قوله فى ملكه) خرج إعتاق غير المملوك،ولايرد عتق الفضولى المجاز كما توهمه فى البحر لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة نهر (قوله إذا ولدته لستة أشهر) أى من وقت العتق لعدم التيقن بوجوده بحر (قوله ولو باضافة إليه(١)) أى باضافة العتق إلى الملك، وأشار إلى أن الشرط وجود الملك وقت وقوع العتق ، فإن كان منجزا اشترط وجود الملك وقت التنجيز لأنه وقتالوقوع وإن كان معلقا بالملك أو سببه اشترط تحقق ذلك فينزل الجزاء وقت الملك .

---

(١) (قوله ولو بإضافة إليه) هكذا بخطه بغير ضمير . والذى فى المتن (ولو بإضافته) بالضمير ، وهو الذى يشير إليه تفسيره بقوله أى بإضافة العتق الخ تأمل اه مصححه .

كإن ملكتك، أو إلى سببه كإن اشتريتك فأنت حر ، بخلاف إن مات مورثى فأنت حر لايصح لأن الموت ليس سببا للملك .

ومن لطائف التعليق قوله لأمته : إن مات أبى فأنت حرة فباعها لأبيه ثم نكحها فقال إن مات أبى فأنت طالق ثنتين فمات الأب لم تطلق ولم تعتق ظهيرية ، وكأنه لأن الملك ثبت مقارنا لهما بالموت فتأمل (بصريحه بلانية) سواء وصفه به (كأنت حر أو) عتق أو (عتيق أو معتق أو محرر) ولو ذكر الخبر فقط

والحاصل كما فى البحر أنه إذا علق بالملك أو بسببه كالشراء لايشترط تحقق الملك وقت التعليق ، وإن علق بغيرهما كدخول الدار اشترط وجود الملك وقت التعليق ووقت نزول الجزاء ولايشترط وجود الملك فيما بينهما (قوله بخلاف الخ) محترز الإضافة إلى سبب الملك لأن موت المورث ليس سببا للملك لأنه قد يخرج من ملك المورث قبل موته ، وإن بقى فقد يوجد مانع من الإرث كقتل وردة ، نعم إذا قال إن ورثتك فهو مثل إن اشتريتك وهذا إذا كان الخطاب لعبد المورث ، أما إذا قال لعبده إن مات مورثى فأنت حر فهو مثل إن دخلت الدار فأنت حر كما لايخفى (قوله لأن الموت ليس سببا للملك) أى ليس سببا مساويا بل قد يكون وقد لايكون كما قلنا ، فهو نظير ماقدمه الشارح فى أول باب التعليق لو قال : كل امرأة أجتمع معها فى فراش فهى طالق فتزوج لم تطلق وكذا كل جارية أطؤها فهى حرة فاشترى جارية فوطئها لم تعتق أى لأن الاجتماع فى فراش لايلزم كونه عن نكاح ، كما أن وطء الجارية لايلزم كونه عن ملك فلم توجد الإضافة إلى سبب الملك (قوله فمات الأب) أى ولم يترك وارثا غيره أو ترك بالأولى ط (قوله وكأنه الخ) التوجيه لصاحب النهر .

وتوضيحه أن العتق معلق بالموت وحين الموت لم تكن فى ملكه فلا تعتق لأن الملك ينتقل إليه عقبه . والمعلق بشىء وهو العتق هنا يقع بعد وجود ذلك الشىء وهو الموت فصار كل من الملك والعتق حاصلا عقب الموت فى آن واحد، وشرط العتق وقوعه على مملوك وهى لم تصر مملوكة إلا مع وجود العتق فلم يوجد شرطه قبله فلم يقع ، وكذا الطلاق معلق على الموت فحقه أن يوجد عقبه لكن وجد الملك عقب الموت أيضا وانفسخ به النكاح فلايقع الطلاق لأنه وجد فى وقت انفساخ النكاح كما فى أنت طالق مع موتى أو موتك فالعتق والطلاق ثبت الملك مقارنا لهما ولابد من سبقه عليهما حتى يقعا ولم يوجد فلذا لم تطلق ولم تعتق فله وطؤها بملك اليمين، ولو أعتقها ثم تزوجها ملك عليها ثلاثا لعدم وقوع الطلقتين المعلقتين أفاده الرحمتى (قوله بالموت) متعلق بثبت والباء للسببية ح (قوله فتأمل) أشار به إلى دقة تعليل المسألة ح (قوله بصريحه) متعلق بيصح . وصريحه كما فى الإيضاح وغيره : ماوضع له ، وقد استعمل الشرع والعرف واللغة هذه الألفاظ فى ذلك فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها ، وتمامه فى الفتح (قوله بلانية) أى بلا توقف على نيته ، فيقع به نواه أو لم ينو شيئا ، وكذا لو نوى غيره فى القضاء ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع ، كما لو قال نويت بالمولى الناصر ، وإن نوى الهزل وقع قضاء وديانة كما يقتضيه كلام محمد ، وتمامه فى الفتح وفى البحر عن الخانية : لو قال أردت به اللعب يعتق قضاء وديانة (قوله كأنت حر) أى بفتح التاء وكسرها لكل من العبد والأمة كما يذكره عن الخانية .

مطلب الفقهاء لايعتبرون الإعراب

قال القهستانى : وفى حروف المعانى من الكشف أن الفقهاء لايعتبرون الإعراب ، ألا ترى أنه لو قال لرجل زنيت بكسر التاء أو لامرأة بفتحها وجب عليه حد القذف (قوله أوعتق) يحتمل قراءته بكسر التاء صيغة مبالغة فيناسب ماقبله وما بعده ، ويحتمل السكون مصدرا فإنه من الصريح كما سيصرح به ، وجزم به فى الفتح خلافا لما فى جوامع

كان كناية (أو) أخبر نحو (حررتك أو أعتقتك أو أعتقك الله) فى الأصح ظهيرية (أو هذا مولاى أو) نادى نحو (يامولاى) أو يامولاتى ، بخلاف أنا عبدك فى الأصح (أو ياحر أو ياعتيق) .

ولو قال أردت الكذب أو حريته من العمل دين (إلا إذا سماه به) وأشهد وقت تسميته خانية ، فلا يعتق مالم يرد الإنشاء ، وكذا فى الطلاق (ثم) بعد تسميته بالحر (إذا ناداه)

الفقه من أنه لايعتق إلا بالنية فى أنت عتق أو إعتاق ، ففى البحر والنهر أنه ضعيف (قوله كان كناية) فيتوقف على النية ولذا قال فى الخانية : لو قال حر فقيل له لمن عنيت ، فقال عبدى عتق عبده بحر .

قلت : لكن هذه النية ليست نية معنى العتق بل نية العبد ، لأن المبتدأ المحذوف لما احتمل أن يكون تقديره عبدى وأن يكون عبد فلان مثلا توقف إعتاق عبده على قصده إياه لا على قصده معنى التحرير الشرعى ، وفى كون ذلك كناية نظر تأمل (قوله أو أخبر) عطف على قوله وصفه به : أى أتى بصيغة الخبر الموضوعة للإنشاء ، لأن الكلام فى الصريح وهو ماوضع له كما مر (قوله فى الأصح) لأن المعنى أعتقك الله لأنى أعتقتك ، وعن هذا أفتى قارئ الهداية وغيره فى أبرأك الله أنه يبرأ ولا سيما والعرف يساعده كما قدمناه فى الخلع ، ومقابل الأصح ماقيل إنه إنما يعتق بالنية كما حكاه فى الفتح (قوله أو هذا مولاى) فإنه ملحق بالصريح ، لأنه وإن كان يأتى لمعان أوصلها ابن الأثير إلى نيف وعشرين كالناصر وابن العم والمعتق بالكسر والمعتق بالفتح إلا أن إضافته للعبد تعين الأخير وهو الأصح ، وقيل لايعتق إلا بالنية ، وأيده الإتقانى فى غاية البيان ، ورده المحقق ابن الهمام كما بسطه فى البحر . وفيه عن الظهيرية وغيرها : لو قال أنت مولى فلان عتق قضاء كانت عتيق فلان بخلاف أعتقك فلان (قوله أو نادى) عطف على قوله وصفه ط لأن النداء لاستحضار المنادى فإذا ناداه بوصف يملك إنشاءه كان تحقيقا لذلك الوصف درر (قوله نحو يامولاى) قيد به لأنه لايعتق بياسيدى أو ياسيد أو يامالكى ، إلا بالنية لأنه قد يذكر على وجه التعظيم والإكرام بحر أى وحقيقته كذب ، بخلاف يامولاى . وفى النهر : وقيل يعتق ، والأصح لا مالم ينو (قوله فى الأصح) أى أنه لايعتق .

حكى عن أبى القاسم الصفار أنه سئل عن رجل جاءت جاريته بسراج فوقفت بين يديه ، فقال لها ما أصنع بالسراج فوجهك أضوأ من السراج يامن أنا عبدك ، قال : هذه كلمة لطف لاتعتق بها ، هذا إذا لم ينو العتق ، فإن نوى عن محمد فيه روايتان خانية (قوله دين) أى فيما بينه وبين ربه تعالى ، أما القاضى فلا يصدقه ، وكذا لو صرح بقوله من هذا العمل كما يذكره قريبا ، وهذا بخلاف مالو أراد الهزل أو اللعب فإنه لايدين أيضا كما قدمناه . ووجهه أنه قصد التلفظ بما هو موضوع للعتق ولم يرد به معنى آخر فتعين المعنى الموضوع وإن لم يقصده ، أما هنا فقد أراد به معنى آخر يصلح له اللفظ ، فصح قصده ديانة لكنه خلاف الظاهر فلذا لم يصدق قضاء . وفى التتارخانية عن المنتقى : له عند حل دمه بالقصاص ، فقال له أعتقتك ثم قال نويت به العتق عن الدم عتق قضاء ولزمه العفو بإقراره ؛ وإن لم ينو لم يلزمه العفو ؛ ولو أعتقه لوجه الله تعالى عن القصاص كان كما قال ، ولو كان له على رجل قصاص فقال أعتقتك فهو عفو قياسا واستحسانا (قوله إلا إذا سماه) لأن مراده الإعلام باسم علمه هداية (قوله وأشهد) أى على أنه سماه بذلك ، وهذا إذا لم يكن معروفا به عند الناس ، فلو معروفا به لايعتق كما فى البحر عن المبسوط (قوله وكذا فى الطلاق) رد على مافى التنقيح حيث فرق بين هذا وبين مالو سمى المرأة بطالق حيث يقع إذا ناداها لأنه عهد التسمية بحر كالحر بن قيس ، بخلاف طالق فإنه لم تعهد التسمية به . قال فى البحر : وفى أكثر الكتب لم يفرق بينهما لأن العلم لم يشترط فيه أن يكون معهودا والكلام فيما إذا أشهد وقت

بمرادفه (بالعجمية) كيا أزاد (أو عكس) بأن سماه بأزاد وناداه بالعربية بياحر (عتق) لعدم العلمية (وكذا رأسك) حر (ووجهك) حر (ونحوهما مما يعبر به عن البدن) كما مر فى الطلاق ، ولو أضافه إلى جزء شائع كثلثه عتق ذلك القدر لتجزيه عند الإمام كما سيجىء . ومن الصريح قوله لعبده : أنت حرة ولأمته أنت حر خانية ،ومنه وهبتك أو بعتك نفسك فيعتق مطلقا،واو زاد بكذا توقف على القبول فتح ، ومنه المصدر نحو العتاق عليك وعتقك علىّ فيعتق بلا نية ، ولو زاد واجب لم يعتق لجواز وجوبه لـكفارة ظهيرية .

وفى البدائع : قيل له أعتقت عبدك؟ فأومأ برأسه أن نعم لم يعتق ،

التسمية فيهما فالظاهرعدم الفرق اه والظاهر أن مافى التنقيح مبنى على عدم اشتراط الإشهاد أو الشهرة فيهما (قوله بمرادفه بالعجمية) أى بلفظه الأعجمى ، وليس احترازا عن مرادفه العربى كياعتيق كما يدل عليه التعليل (قوله كيا أزاد) بفتح الهمزة وبالزاى المعجمة بعدها ألف ثم دال مهملة ساكنة ح (قوله لعدم العلمية) لأن العلمية بصيغة حر أو أزاد لابالمعنى فيعتبر إخبارا عن الوصف لاطلبا لإقبال الذات (قوله ونحوهما) مما يعبر به عن البدن كالفرج للعبد والأمة ، بخلاف الذكر فى ظاهر الرواية خانية ، وكذا رقبتك أو بدنك أو بدنك كبدن حر (قوله كثلثه) ولو قال سهم منك حر عتق سدس ، ولو قال جزء أو شىء يعتق منه ماشاء المولى فى قوله بحر عن الخانية (قوله لتجزيه عند الإمام) أشار إلى الفرق بينه وبين الطلاق فإنه لايتجزأ اتفاقا فذكر بعضه كذكر كله ، فما فى غاية البيان من التسوية بينهما سهو ، بحر ولعله بنى التسوية على قولهما (قوله ومن الصريح الخ) لأن الفقهاء لايعتبرون الإعراب كما مر آنفا (قوله ومنه وهبتك أو بعتك نفسك) زاد فى الخانية تصدقت بنفسك عليك ، فقيل إن هذه الثلاثة ملحقة بالصريح ، وقيل إنها كناية ، وهما مبنيان على أن الصريح يخص الوضعى . والحق أنها صرائح حقيقة كما قال به جماعة لأنه لايخص الوضعى ، واختاره المحقق ابن الهمام بحر (قوله فيعتق مطلقا) أى سواء قبل أولا نوى أو لا ، لأن الإيجاب من الواهب والبائع إزالة الملك ، وإنما الحاجة إلى القبول من الموهوب له والمشترى لثبوت الملك لهما ، وهنا لايثبت الملك للعبد فى نفسه لأنه لايصلح مملوكا لنفسه فبقى البيع والهبة إزالة الملك عن الرقيق لاإلى أحد ، وهذا معنى الإعتاق بحر عن البدائع (قوله توقف على القبول) أى فى المجلس لأنه مبادلة كما سيأتى فى بابه (قوله لجواز وجوبه لـكفارة ظهيرية) تمام عبارة الظهيرية هكذا : بخلاف طلاقك علىّ واجب لأن نفس الطلاق غير واجب وإنما يجب حكمه ، وحكمه وقوعه ، أما العتق فجاز أن يكون واجبا اه أى فإذا صرح بالوجوب فى العتق ولم ينو العتق صدق لأنه محتمل كلامه . واعترض الرحمتى بأن على تفيد اللزوم فينبغى اشتراط النية وإن لم يصرح بالوجوب اه .

قلت : لايخفى أن الوجوب أو اللزوم عامل خاص فلايتعلق به لفظ على بدون قرينة بل يتعلق بالاستقرار العام والحصول فيدل على ثبوته فى الحال تأمل . واعترض الرملى قوله لأن نفس الطلاق غير واجب بأنه ممنوع لأنه قد يجب عند عدم الإمساك بالمعروف ، ولو سلم فلا يلزم من وجوبه وجوده فى الخارج (قوله لم يعتق) فى النهر عن المحيط يعتق وكأنه تحريف ، فقد رأيت فى الذخيرة البرهانية لصاحب المحيط مثل ماهنا ، وفرق بين العتق والنسب حيث يثبت أن العتق يفتقر إلى العبارة ولا تقوم الإشارة مقام العبارة حالة القدرة ، والنسب لايفتقر إلى العبارة ، وسيأتى فى أوائل كتاب الإقرار متنا مانصه : والإيماء بالرأس من الناطق ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونـكاح وإجارة وهبة ، بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر الخ .

وفى الجوهرة : ولو قال العبد لمولاه وهو مريض أنا حر فحرك رأسه أى نعم لايعتق اه ، وأما ماقدمناه عن

ولو زاد من هذا العمل عتق قضاء ، ولو قال ياسالم فأجابه غانم فقال أنت حر ولا نية له عتق المجيب ، ولو قال عنيت سالما عتقا قضاء . وفى الجوهرة قال لمن لايحسن العربية قل لعبدك أنت حر فقال له عتق قضاء ، ولو قال رأسك رأس حر بالإضافة لايعتق وبالتنوين عتق لأنه وصف لاتشبيه (وبكنايته إن نوى) للاحتمال (كلاملك لى عليك ولا سبيل أو لارق ، أو خرجت من ملكى وخليت سبيلك و) كقوله (لأمته قد أطلقتك) وأنت أعتق أو لزوجته أطلق من فلانة وهى مطلقة تعتق وتطلق إن نوى كتهجيهما . وفى الخلاصة :

البدائع من أنه يصح بالإشارة المفهمة فهو محمول على الأخرس ، وتقدم الكلام على ذلك فى أوائل كتاب الطلاق (قوله ولو زاد من هذا العمل الخ) كان الأولى ذكره عقب قوله ولو قال أردت الكذب أو حريته من العمل دين . قال فى البدائع : ولو قال أنت حر من عمل كذا أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق فى القضاء لأن العتق بالنسبة إلى الأعمال لايتجزأ فكان إعتاقا عن الأعمال وفى الأزمان جميعا ، ونية البعض خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى (قوله عتق المجيب) لأنه المخاطب بالإعتاق (قوله عتقا قضاء) أما ديانة فالذى ناداه فقط ، ولو قال ياسالم أنت حر فإذا عبد آخر له أو لغيره عتق سالم لأنه لامخاطبة هنا إلا له فينصرف إليه بحر عن البدائع (قوله عتق قضاء) أى لاديانة لعدم القصد ط (قوله لايعتق) لأنه على معنى التشبيه ، كما لو قال مثل رأس حر فإنه لايعتق كما فى الهندية عن السراج (قوله لأنه وصف) أى للرأس بالحرية والرأس مما يعبر به عن الكل فكأنه قال أنت حر ط .

مطلب فى كنايات الإعتاق

(قوله وبكنايته إن نوى) قال الحموى : ثبت فى الأصول أن الشرط فى الكناية النية أو مايقوم مقامها من دلالة الحال ليزول مافيها من الاشتباه اه ط (قوله للاحتمال) لأن نفى الملك ومابعده جاز أن يكون بالبيع والكتابة كما جاز أن يكون بالعتق ، ونفى السبيل يحتمل أن يكون عن العقوبة واللوم لكمال الرضا وأن يكون للعتق فيئول إلى معنى لاملك لى عليك إذ هو الطريق إلى نفاذ التصرف نهر (قوله قد أطلقتك) بهمز فى أوله من الإطلاق وهو رفع القيد ، بخلافه بدون همز فإنه ليس بصريح ولا كناية فلا يقع به أصلا كما يأتى (قوله وأنت أعتق) فيه حذف دل عليه مابعده ، والتقدير وأنت أعتق من فلانة وهى معتقة ح .

فإن قيل : إنما كان أعتق وأطلق كناية لاحتماله أقدم فى ملكى وأطلق يدا فيقال إن مثله عتيق . فالجواب أن المتبادر فى عتيق إرادة التحرير ، بخلاف أعتق وأطلق لعدم احتمال العتق ، والطلاق للتفاضل الذى هو أصل أفعل التفضيل رحمتى (قوله كتهجيهما) أى تهجى ألفاظ الطلاق والعتق .

قال فى الذخيرة : وعن أبى يوسف فيمن قال لأمته ألف نون تاء حاء راء هاء أو قال لامرأته ألف نون تاء طاء ألف لام قاف إنه إن نوى الطلاق والعتاق تطلق المرأة وتعتق الأمة وهذا بمنزلة الكتابة ، لأن هذه الحروف يفهم منها ماهو المفهوم من صريح الكلام إلا أنها لاتستعمل كذلك فصار كالكناية فى الافتقار إلى نية اه (قوله وفى الخلاصة) عبارتها : لو قال لعبده أنت غير مملوك لايعتق ، لكن ليس له أن يدعيه بعد ذلك ، ولا أن يستخدمه ، فإن مات لايرثه بالولاء ، فإن قال المملوك بعد ذلك أنا مملوك له فصدقه كان مملوكا ظاهرا ، وكذا لو قال ليس هذا بعبدى لايعتق اه .

قلت : وذكر فى الذخيرة المسألة الأولى ثم ذكر الثانية بعبارة فارسية ، ثم قال فى جوابها يعتق فى القضاء لأنه

قال لعبده أنت غير مملوك لايعتق بل يثبت له أحكام الأحرار حتى يقر بأنه مملوكه ويصدقه فيما ملكه ؛ وكذا ليس هذا بعبدى لايعتق ، وقاس عليه فى البحر لاملك لى عليك لكن نازعه فى النهر (و) يصح أيضاً (بهذا ابنى) أو بنتى (للأصغر) سنا من المالك (والأكبر و) كذا (هذا أبى) أو جدى (أو) هذه (أمى وإن لم) يصلحوا لذلك ولم (ينو العتق) لأنها صرائح لاكناية ولذا جاء بالباء وأخرها لتفصيلها ، فإن صلحوا وجهل نسبهم فى مولدهم

أقر بالعتق . والصحيح أنه لايعتق بدون النية عند أبى حنيفة ، كما فى قوله ليست بامرأتى لأنه ليس من ضرورة أن لايكون عبدا له أن يكون حرا ، ويؤيد هذا القول المسألة الأولى اه .

وحاصله أن اللفظ فى المسألتين كناية ، فإن نوى عتق فيهما وإلا فلا ، لكن ليس له أن يدعيه لنفاذ إقراره على نفسه ، ولهذا قال فى البحر وظاهره أنه لايكون حرا ظاهرا معتقا ، فتكون أحكامه أحكام الأحرار حتى يأتى من يدعيه ويثبت فيكون ملكا له اه (قوله وقاس عليه الخ) أى جعله فى حكم مسألة الخلاصة وهو أنه إذا لم ينو العتق ليس له أن يدعيه لإقراره بعدم الملك (قوله نازعه فى النهر) حيث قال وعندى أن هذه المسألة أى مسألة الخلاصة مغايرة لمسألة الكتاب : أى قوله لاملك لى عليك ؛ وذلك أنه فى مسألة الكتاب إنما أقر بأنه لاملك له فيه ، وهذا لاينافى ملكا لغيره . ومسألة الخلاصة موضوعها إقراره بأنه غير مملوك أصلا إما لعتقه له أو لحريته الأصلية فتنبه لهذا فإنه مهم اه .

قال ح قلت : والذى يظهر بأدنى تأمل أن الحق مع صاحب البحر فإن الفرق الذى أبداه فى النهر غير مؤثر ، فإنه إذا نفى ملكه عنه وليس هناك من يدعيه ساوى من قيل له أنت غير مملوك ، ويدل لما قلنا تسوية صاحب الخلاصة بين قوله أنت غير مملوك وبين قوله ليس هذا بعبدى تأمل اه .

قلت : والحاصل أن كلا من مسألة الكتاب ومسألتى الخلاصة كناية فى العتق فلابد له من النية ، وقد نص فى مسألتى الخلاصة على أنه إذا لم يعتق أى عند عدم النية ليس له أن يدعيه أى لإقراره على نفسه بأنه غير مملوك وأنه ليس عبده وهذا موجود فى مسألة الكتاب أيضا فينبغى منع دعواه فيها أيضا ، ولافرق فى صحة إقراره على نفسه بين نفيه عن نفسه فقط أو عنه وعن غيره ، بل نفيه عن غيره لافائدة فيه لأنه لاولاية له على غيره فى ذلك فافهم (قوله أو بنتى) أى أو هذه بنتى ، ولا يصح أن يكون التقدير أو هذا بنتى لما سيأتى أنه كناية وكلامه الآن فى الصريح ؛ ولو قال أو هذه بنتى لكان أولى ح ، وقوله إنه كناية فيه كلام يأتى (قوله وإن لم يصلحوا لذلك) أى للأبوة والجدودة والأمومة (قوله ولذا جاء بالباء الخ) أى إن قول المصنف وبهذا ابنى بإعادة الباء الجارة ليفيد أنه عطف على قوله وبكنايته مقابل له ، ولو حذف الباء لأوهم أنه عطف على أمثلة الكناية مع أنه من أمثلة الصريح ، وإنما أخره وذكره بعد ألفاظ الكناية لما فيه من التفصيل المفاد بقوله فإن صلحوا الخ (قوله فإن صلحوا) حاصله أن هذا ابنى على وجهين إما أن يصلح ابنا له بأن كان مثله يولد له أولا ، وكل منهما إما أن يكون العبد مجهول النسب أولا ، فإن صلح وهو مجهول عتق وثبت نسبه منه إجماعا ، وإن كان معروف النسب لايثبت منه بلا شك لكن يعتق عندنا ، وإن لم يصلح ولدا له فكذلك عند الإمام ، وعندهما لايعتق ، وكذلك الكلام فى هذا أبى أو أمى فإن صلح أبا له أو أما وليس للقائل أب أو أم معروف ثبت النسب والعتق بلا خلاف ، وإن صلح وله أب معروف لايثبت النسب ويعتق عندنا ، وإن لم يصلح لا يثبت النسب ولكن يعتق عنده لاعندهما . ولو قال لصغير هذا جدى فقيل هو على الخلاف وهو الأصح لأنه وصفه بصفة من يعتق عليه بملكه كما فى البحر (قوله فى مولدهم) قال فى القنية : مجهول النسب الذى يذكر فى الكتب هو الذى لايعرف نسبه فى البلدة التى هو فيها اه . ومختار المحققين من شراح

وليس للقائل أب معروف ثبت النسب أيضاً مالم يقل ابنى من الزنا فيعتق فقط ، وهل يشترط تصديقه فيما سوى دعوى البنوة ؟ قولان ، ولا تصير أمه أم ولد .

ولو قال لعبده : هذه بنتى أو لأمته هذا ابنى افتقر للنية ، وفى هذا خالى أو عمى عتق وأخى لا ، مالم ينو من النسب (لا) يعتق (بيا ابنى ويا أخى) ويا أختى ويا أبى

الهداية وغيرهم أنه الذى لايعرف نسبه فى مولده ومسقط رأسه وتمامه فى الدرر (قوله وليس للقائل أب معروف) أراد بالأب الأصل فيشمل الجد والأم . قال ط : وهذا يغنى عنه قوله وجهل نسبهم (قوله فيعتق فقط) أى بلا ثبوت نسب ، لأن العتق باعتبار الجزئية ، والزنا ينفى النسبة الشرعية لا الجزئية (قوله وهل يشترط) أى فى ثبوت النسب تصديق العبد للسيد ، فقيل لا ، لأن إقرار السيد على مملوكه يصح بلا تصديق ، وقيل يشترط فيما سوى دعوى البنوة لأن فيه حمل النسب على الغير زيلعى .

قلت : ومشى فى كافى الحاكم على الثانى حيث قال فى مسألة الأب والأم وصدقا فى ذلك ولم يذكر ذلك فى مسألة الابن (قوله ولا تصير أمه أم ولد) قال فى فتح القدير : ثم إذا قال هذا ابنى هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت فى ملكه ؟ فقيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروفه ، وقيل تصير فى الوجهين ، وقيل إن كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لاتصير أم ولد له ، وإن كان مجهوله حتى ثبت نسبه منه صارت أم ولد له وهذا أعدل اهـ . وبه علم مافى كلام الشارح من الإطلاق فى محل التفصيل فافهم (قوله افتقر للنية) فيه نظر . ففى المجتبى : قال لغلامه هذه بنتى أو لجاريته هذا ابنى يعتق عندهما خلافا لأبى حنيفة ، وقيل لايعتق عند الكل وهو الأظهر اهـ . ومثله فى الذخيرة والقهستانى . وقال فى النهر : قال فى المجتبى والأظهر أنه لايعتق يعنى إلا بالنية ، ويدل عليه مامر من أنه لو قال لعبده أنت حرة أو لأمته أنت حر ذكر فى بعض المواضع أنه صريح وفى بعضها كناية اهـ فقوله يعنى إلا بالنية الخ ليس من كلام المجتبى كما علمت ، وفيه نظر . وما استدل به لايدل له لجواز كون التأنيث فى قوله للعبد أنت حرة باعتبار كونه ذاتا أو جثة أو نسمة والتذكير فى قوله للأمة أنت حر باعتبار كونها شخصا أو خلقا بخلاف إطلاق البنت على الإبن وعكسه ، لما فى فتح القدير حيث قال فى تعليل المسألة لأن الأول مجاز عن عتق فى الذكر والثانى عنه فى الأنثى ، فانتفى حقيقته لانتفاء محل ينزل فيه ، ولا يتجوز فى لفظ الابن فى البنت وعكسه اتفاقا . ثم قال : وماذكره المصنف يعنى صاحب الهداية بيان لتعذر عتقه بطريق آخر ، وهو أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار ، وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى ، والمشار إليه هنا مع المسمى جنسان ، لأن الذكر والأنثى فى الإنسان جنسان لاختلاف المقاصد ، فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى : أعنى مسمى بنت ، وهو معدوم ، لأن الثابت ذكر اهـ .

فأنت ترى أن مقتضى التعليل بهذين الوجهين كون الكلام لغوا لايتعلق به حكم سواء نوى أولا . ويظهر من هذا أنه لا فرق بين قوله للعبد هذا بنتى أو هذه بنتى بتذكير اسم الإشارة أو تأنيثه ، لأن اللغوجاء من إطلاق البنت على الابن حيث لايستعمل أحدهما فى الآخر حقيقة ولامجازا ، ومن كونه خلاف جنس المشار إليه ، كما لو باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل ، ويدل لما قلنا أنه فى متن المنتقى عبر بقوله هذا ابننى (قوله عتق) أى بلا خلاف فتح ، وينبغى توقفه على النية تأمل (قوله وأخى لا) أى وفى قوله هذا أخى لا يعتق بدون نية . قال فى البحر : وفرق فى البدائع بأن الأخوة تحتمل الإكرام والنسب ، بخلاف العم لأنه لايستعمل للإكرام عادة وهذا كله إذا اقتصر ؛ فلو قال أخى من أبى أو من أمى أو من النسب فإنه يعتق كما فى الفتح وغيره . ولايخفى أنه إذا اقتصر يكون من الكنايات فيعتق بالنية اهـ (قوله لايعتق بيا ابنى ويا أخى) أى بدون نية كما يأتى . قال فى الدر المنتقى :

(ولاسلطان لى عليك ولا بألفاظ الطلاق) صريحه وكنايته ، بخلاف عكسه كما مر (وإن نوى) قيد للأخيرة لتوقفه فى النداء على النية كما نقله ابن الكمال ، وكذا نفى السلطان كما رجحه الكمال وأقره فى البحر (و) كذا (أنت مثل الحر) يعتق بالنية ذكره ابن الكمال وغيره (إلا فى قوله) أطلقتك ولو لعبده فتح (أمرك بيدك أو اختارى فإنه عتق مع النية) فإنه من كنايات العتق أيضاً ، ولا بدع بدائع ، ويتوقف على القبول فى المجلس ، وكذا اختر العتق أو أمر عتقك بيدك وإن لم يحتج للنية لأنه تمليك كالطلاق ، ولا عتق بنحو أنت علىّ حرام

وعنه أنه يعتق . والظاهر الأول لأن المقصود بالنداء استحضار المنادى ، فإن كان بوصف يمكن إثباته من جهته نحو ياحر كان لإثبات ذلك الوصف ، وإن لم يمكن كالبنوة كان لمجرد الإعلام . قال فى الفتح : وينبغى أن يكون محل المسألة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فهو مشكل ، إذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق اه . ولوقال يا أخى من أمى أو أبى أو من النسب عتق كمامر اه (قوله ولا سلطان لى عليك) لأن السلطان عبارة عن الحجة واليد ونفى كل منهما لايستدعى نفى الملك ، كالمكاتب يثبت للمولى فيه الملك دون اليد (قوله بخلاف عكسه) وهو وقوع الطلاق بألفاظ العتق ، لأن إزالة ملك الرقبة تستلزم إزالة ملك المتعة بلا عكس درر (قوله كما مر) أى فى أول الطلاق (قوله قيد للأخيرة) يعنى أن قوله وإن نوى راجع إلى المسألة الأخيرة وهى ألفاظ الطلاق ، أما الأولى وهى مسألة النداء والثانية وهى مسألة نفى السلطان فيتوقف وقوع العتق فيهما على النية فهما من كناياته (قوله كمانقله ابن الكمال) أى عن غاية البيان ، وكذا نقله فى البحر عنها عن التحفة وقال : فحينئذ لاينبغى الجمع بين هذه المسائل فى حكم واحد وأقره فى النهر أيضا .

قلت : بل على مامر من بحث الفتح ينبغى أن يثبت العتق بلانية إذا كان مجهول النسب (قوله كما رجحه الكمال) ونقله أيضا عن بعض المشايخ ، وبه قال الأئمة الثلاثة ، إذ لا يظهر فرق بينه وبين لا سبيل . وعن الإمام الكرخى : فنى عمرى ولم يتضح لى الفرق بينهما ، ثم قال الكمال بعد تقرير عدم الفرق : والذى يقتضيه النظر كونه من الكنايات (قوله وأقره فى البحر) وكذا فى النهر ، والشرنبلالية والمقدسى (قوله يعتق بالنية) الأولى لا يعتق إلا بالنية (قوله ذكره ابن الكمال وغيره) أى ذكر اشتراط النية للعتق ، ومثله فى البحر عن الزيلعى وغاية البيان ، وعزاه فى النهر إلى العناية عن المبسوط (قوله إلا فى قوله الخ) استثناء من قوله وبألفاظ الطلاق ، وزاد قوله أطلقتك مع أنه قدمه المصنف لتكميل ما استثنى ، ولكن استثناء الأمر باليد والاختيار منقطع لأنهما من كنايات التفويض لا كنايات الطلاق (قوله أو اختارى) عزاه فى البحر والنهر إلى البدائع .

قلت : وهو خلاف المذهب ففى الذخيرة : قال محمد فى الأصل : إذا قال الرجل لأمته أمرك بيدك ينوى به العتق يصير العتق بيدها حتى لو أعتقت نفسها فى المجلس جاز ، ولو قال لها اختارى ينوى العتق لا يصير العتق فى يدها ، فقد فرق بين الأمر باليد وبين قوله اختارى فى العتق وسوى بينهما فى الطلاق اه كلام الذخيرة ، وكذا صرح فى الفتح بأنه لو قال لها اختارى فاختارت نفسها لا يثبت العتق وإن نواه اه وصرح بذلك أيضا فى كافى الحاكم بلا حكاية خلاف ، وأنت خبير بأن ما فى الأصل والكافى هو نص المذهب فلا يعدل عنه ، ولم أر من نبه على ذلك فاغتنمه (قوله ولا بدع) أى ليس ذلك أمرا منفردا خارجا عن نظائره ، وهو جواب عن قوله فهو من كنايات العتق أيضا : أى كما أنه من كنايات الطلاق لأنه لما احتمل العتق وغيره كان من كناياته أيضا (قوله ويتوقف) أى العتق فى أمرك بيدك واختارى ، بخلاف أطلقتك فإنه لا تمليك فيه حتى يتوقف (قوله وإن لم يحتج للنية) لأنه صريح حيث ذكر لفظ العتق ح (قوله لأنه تمليك) تعليل للتشبيه : أى وكذا اختر العتق يتوقف على المجلس لأنه تمليك

وإن نوى ، لكن يكفر بوطئها :

(و) يصح أيضا (بقوله عبدى أو حمارى) أو جدارى (حر) كما لو جمع بين امرأته وبهيمة أو حجر وقال إحداكما طالق طلقت امرأته ، لا لو جمع بين امرأته أو أمته الحية والميتة جوهرة وزيلعى (و) يصح أيضا (بملك ذى رحم محرم) أى قريب حرم نكاحه أبدا ،ولو شقصا فيعتق بقدره عنده ، أو حملا كشراء زوجة أبيه الحامل

ح أو هو علة لقوله يتوقف (قوله وإن نوى) لأنه من كنايات الطلاق المختصة به ح (قوله لكن يكفر بوطئها) لأن تحريم الحلال يمين ، فكأنه قال والله لا أطؤك ح (قوله بقوله عبدى أو حمارى) يعنى جمع بين هذين اللفظين ، وقوله أو جدارى أى بدل حمارى وهذا عنده . وقالا لا يصح وبيانه فى الزيلعى ط (قوله الحية) نعت لامرأته وأمته ، وأفرده لكون العطف بأو ، وقوله والميتة بمعنى وامرأته أو أمته الميتة فهو مقابل مدخول بين (قوله جوهرة) ونصها : ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع عليه العتق كالبهيمة والحائط والسارية فقال عبدى حر أو هذا أو قال أحدكما عتق العبد عند أبى حنيفة وعندهما لا يعتق ، وإن قال لعبده أنت حر أولا لايعتق إجماعا ، وإن قال لعبده وعبد غيره أحدكما لم يعتق عبده إجماعا إلا بالنية لأن عبد الغير لا يوصف بالحرية إلا من جهة مولاه ، وقد يجوز أن يكون أوقع حرية موقوفة على إجازة المولى ، وكذا إذا جمع بين أمة حية وأمة ميتة فقال أنت حرة أوهذه أو إحداكما حرة لم تعتق أمته ،لأن الميتة توصف بالحرية فيقال ماتت حرة وماتت أمة فلا تختص الحرية بأمته اهـ ح .

مطلب فى ملك ذى الرحم المحرم

(قوله بملك ذى رحم محرم) شمل الملك بشراء أوهبة أو وصية أوغيره قهستانى ، وشمل مالو باشره بنفسه أو نائبه فدخل ما إذا اشترى العبد المأذون ذارحم محرم من مولاه ولا دين عليه ، أما المديون فلا يعتق ما اشتراه عنده خلافا لهما ، وخرج المكاتب إذا اشترى ابن مولاه فإنه لايعتق اتفاقا بحر عن الظهيرية .

[تنبيه] فى القنية : وطئ جارية أبيه فولدت منه لا يجوز بيع الولد ادعى الواطئ الشبهة أولا لأنه ولد ولده فيعتق عليه حين دخل فى ملكه وإن لم يثبت النسب ، كمن زنى بجارية غيره فولدت منه ثم ملك الولد يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه منه اهـ :

وفى حاشية الحموى عن غاية البيان : لو اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لأنه ينسب إليه بواسطة الأب ونسبة الأب منقطعة فلاتثبت الأخوة . قالوا إلا إذا كان من أمه فيعتق عليه إذا ملكه لأن نسبة الولد إليها لاتنقطع فتكون الأخوة ثابتة اهـ (قوله أى قريب) تفسير لذى الرحم ، وقوله حرم نكاحه أبدا تفسير للمحرم . قال فى الدر المنتقى ثم المحرمان شخصان لا يجوز النكاح بينهما لوكان أحدهما ذكر والآخر أنثى ، فالمحرم بلا رحم كابنه رضاعا وزوجة أصله وفرعه فلا يعتق عليه اتفاقا ، وكذا الرحم بلا محرم كبنى الأعمام والأخوال لا يعتق عليه اتفاقا كافى وغيره اهـ (قوله عنده) أى عند الإمام لتجزئ العتق عنده خلافا لهما ط (قوله أوحملا الخ) فيعتق دون أمه ، وليس له بيعها قبل أن تضع حملها لأنه ملك أخاه فيعتق عليه بدائع ، وهذا مناف لقولهم إن الحمل لا يدخل تحت المملوك ، حتى لايعتق بكل مملوك لى حر فيحتاج إلى الجواب بحر .

وأقول : لا يلزم من كون الشىء ملكا كونه مملوكا مطلقا نهر :

وتوضيحه : أن المملوك فى كل مملوك لى حر حيث أطلق ينصرف إلى ذات مملوكة له مستقلة بنفسها والحمل جزء من أمه ، فلا يلزم من كونه ملكا له أن يصدق عليه اسم مملوك حيث أطلق وهنا علق العتق على دخول

منه (ولو) المالك (صبيا أو مجنونا أو كافرا) فى دارنا ، حتى لو أعتق المسلم أو الحربى عبده فى دار الحرب لايعتق بعتقه بل بالتخلية فلا ولاء له خلافا للثانى ؛ ولو عبده مسلما أو ذميا عتق بالاتفاق لعدم محليته للاسترقاق زيلعى ؛

(و) يصح أيضاً بتحرير (لوجه الله والشيطان والصنم وإن) أثم و (كفر به) أى بالإعتاق للصنم (المسلم عند قصد التعظيم) لأن تعظيم الصنم كفر . وعبارة الجوهرة : لو قال للشيطان أو للصنم كفر (و) يصح أيضاً (بكره)

القريب فى ملكه لاعلى كونه مما يصدق عليه لفظ مملوك مطلق فلذا دخل الحمل هنا لاهناك فافهم (قوله ولو المالك صبيا أو مجنونا) إنما جعلا أهلا لعتق القريب عليهما لأنه تعلق به حق العبد فشابه النفقة بحر (قوله فى دارنا) أى دار الإسلام ، قيد به لأنه لا حكم لنا فى دار الحرب فتح (قوله حتى لو أعتق الخ) تفريع على التقييد بقوله فى دارنا ، وكان الأظهر أن يقول حتى لو ملك قريبه فى دار الحرب ، لكن أفاد ذلك بالأولى لأنه إذا كان لايعتق بالإعتاق الصريح فكذلك بالملك بالأولى ، وقد جمع بينهما فى الفتح فقال : فلو ملك قريبه فى دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه فى دار الحرب لا يعتق خلافا لأبى يوسف ، وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحربى عبده فى دار الحرب ذكر الخلاف فى الإيضاح :

وفى كافى الحاكم : عتق الحربى فى دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا ، فأما إذا أعتقه وخلاه فقال فى المختلف يعتق عند أبى يوسف وولاؤه له ، وقالا : لاولاء له لكنه عتق بالتخلية لابالإعتاق فهو كالمراغم(١) ثم قال المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة القياس لايعتق بدون التخلية لأنه فى دار الحرب ولا تجرى عليه أحكام الإسلام . وفى الاستحسان : يعتق من غير تخلية لأنه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ، ولاولاء له عندهما وهو القياس . وقال أبو يوسف : له الولاء ، وهو الاستحسان ، وذكر قول محمد مع أبى يوسف فى كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين مافى الإيضاح أن يراد بالمسلم ثمة الذى نشأ فى دار الحرب ، وهنا نص على أنه داخل هناك بعد أن كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الإسلام اهـ مافى الفتح :

وحاصله أن الحربى إذا أسلم فى دار الحرب أو بقى حربيا لو ملك أو عتق قريبه ثمة لايعتق خلافا لأبى يوسف إلا إذا خلى سبيله ، بأن رفع يده عنه وأطلقه فيعتق بالتخلية لا بالإعتاق ولا ولاء له خلافا لأبى يوسف : فعنده له الولاء وأما المسلم الأصلى إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة فالاستحسان أنه يعتق بدون التخلية وله الولاء ، وعلى هذا فإطلاق الشارح المسلم مقيد بكونه ناشئا فى دار الحرب فالأحسن مافى بعض النسخ ؛ حتى لو أعتق المسلم الحربى بدون أو : أى المسلم الناشئ فى دار الحرب (قوله عبده) أى الحربى بقرينة قوله ولو عبده مسلما الخ ح (قوله فلاولاء له) تفريع على عتقه بالتخلية لابالإعتاق ، لأن الولاء من أحكام الإعتاق ولم يعتق به (قوله عتق بالاتفاق) أى بإعتاق سيده أو بشرائه إن كان ذارحم محرم ح (قوله وبتحرير لوجه الله تعالى الخ) لأنه نجز الحرية وبين غرضه الصحيح أو الفاسد فلايقدح فيه كما فى البدائع ، والمراد بوجه الله تعالى ذاته أو رضاه . والشيطان واحد شياطين الإنس أو الجن ، بمعنى مردتهم . والصنم : صورة الإنسان من خشب أو ذهب أو فضة ، فلو من حجر فهو وثن كما فى البحر (قوله وإن أثم وكفر به) لف ونشر مرتب . فالإثم فى الإعتاق للشيطان والكفر فى الإعتاق للصنم بقرينة تفسيره مرجع الضمير المجرور ، وإلا فلا فائدة فى زيادته لفظ إثم لكن لايظهر فرق بينهما ، وما فعله الشارح هو مامشى عليه المصنف فى المنح ، وهو ظاهر البحر أيضا . والأظهر مافى المتن والجوهرة من الكفر بكل منهما

---

(١) (قوله كالمراغم) أى من خرج من دار الحرب على رغم مولاه : أى خرج إلينا مسلما أو أسلم بعد اهـ منه .

أى إكراه ولو غير ملجئ (وسكر بسبب محظور) سيجيء أن كل مسكر حرام فلا يخرج إلا شرب المضطر فإنه كالإغماء (و) يصح أيضا مع (هزل) هوعدم قصد حقيقة ولا مجاز (وإن علق) العتق (بشرط) كدخول دار (صح) وعتق إن دخل (والتعليق بأمر كائن تنجيز ، فلو قال لعبده) وهو فى ملكه (إن ملكتك فأنت حر عتق للحال ، بخلاف قوله لمكاتبه إن أنت عبدى فأنت حر) لايعتق لقصور الإضافة ظهيرية . وفيها تصبح حرا تعليق ، وتقوم حرا وتقعد حرا تنجيز ، قال : إن سقيت حمارى فذهب به للماء ولم يشرب عتق ، لأن المراد عرض الماء عليه .

قال عبدى الذى هو قديم الصحبة حر عتق من صحبه سنة هو المختار ؛ ولو قال أنت عتق ونوى فى الملك دين ولو زاد فى السن لا يعتق

(قوله أى إكراه) هو حمل الغير على مالا يرضاه بحر ، وأشار إلى أن المراد مصدر المزيد لأن المكره أثر الإكراه ، لكن كل منهما صحيح أيضا فافهم (قوله ولو غير ملجئ) الملجئ مايفوت النفس أو العضو ، وغير الملجئ بخلافه والأولى المبالغة بالملجئ كما لا يخفى ط . وتجب القيمة على المكره جوهرة .

وفى التتارخانية : قال لمولاه فى موضع خال إن أعتقتنى وإلا قتلتك فأعتقه مخافة القتل يعتق ويسعى فى قيمته لمولاه (قوله سيجىء) أى فى كتاب الأشربة أن كل مسكر حرام أى كل ما أسكر كثيره حرم قليله ، وهو قول محمد المفتى به ، فيدخل فيه الأشربة المتخذة من غير العنب والمثلث لا بقصد السكر بل بقصد الاستمراء والتقوى ونقيع الزبيب بلا طبخ ، فالسكر بها يكون بسبب محظور كالسكر من الخمر ، وأما على قول الإمام إذا شربها لا بقصد المعصية فلا يكون محظورا فإذا سكر بها لا يصح طلاقه ولا عتاقه ، أما السكر نفسه فهو حرام اتفاقا بمعنى أنه يحرم القدر المؤدى إلى الإسكار ، حتى لو علم أن شرب كأسين لا يسكر وإنما يسكر الكأس الثالث حرم شرب الثالث فقط عند الإمام ، فلو سكر من كأسين لم يكن بسبب محظور ، وأما عند محمد فإن الحرام كل ذلك وإن قل كالخمر فافهم (قوله فلا يخرج) أى عن السبب المحظور إلا شرب المضطر : أى لإساغة اللقمة أو بسبب الإكراه ، ومثله ما يحصل من مباح كالعسل عند غلبة الصفراء (قوله مع هزل) هو اللعب ، وقدمنا الكلام فيه (قوله وإن علق العتق بشرط الخ) شمل تعليقه بالملك أو بسببه كما مر التصريح به ، لكن لا بد من تعليقه على ملك صحيح . ففى الجوهرة : لو قال المكاتب أو العبد كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر فعتق ثم ملك مملوكا لا يعتق عنده وعندهما يعتق . وإن قال : إذا عتقت فملكت عبدا فهو حر فأعتق فملك عبدا عتق إجماعا لأنه أضاف الحرية إلى ملك صحيح ، وإن قال : إن اشتريت هذا العبد فهو حر لم يعتق حتى يقول أنا اشتريته بعد العتق ، وعندهما يعتق اهـ (قوله وعتق إن دخل) أى إن بقى فى ملكه فإنه يجوز له بيعه وإخراجه عن ملكه قبل وجود الشرط ، لأن تعليق العتق بالشرط لا يزيل ملكه إلا فى التدبير خاصة جوهرة ، ولو باعه ثم اشتراه فدخل عتق كافى (قوله لقصور الإضافة) لأن فى إضافة المكاتب إلى نفسه بعنوان العبد قصورا أى عدم تحقق ؛ إذ مراده بقوله إن أنت عبدى إن كان لا يصدر منك أمر إلا بإذنى فأنت حر والمكاتب ليس بهذه الصفة ط

والحاصل أن المطلق ينصرف إلى الكامل والمكاتب عبد ناقص (قوله تعليق) كأنه قال إذا أصبحت فأنت حر ط (قوله تنجيز) لأن المراد أنه معتوق(1) فى جميع أحواله ط (قوله لأن المراد عرض الماء عليه) أى لا لإزالة لعطش لأنه ليس فى وسعه ولأنه يقال سقيته فلم يشرب (قوله عتق من صحبه سنة) المراد أنه يعتق من دخل فى ملكه منذ سنة صاحبه أولا ط (قوله ونوى فى الملك) أى أنه قديم فى ملكه ط (قوله دين) ولا يصدق قضاء (قوله ولو زاد فى السن)

---

(1) (قوله معتوق) صوابه معتق ، لأن عتق الثلاثى لازم ، فلا يأتى منه اسم المفعول ، ولا يصح أن يكون اسم المفعول من أعتق الرباعى . قال فى المصباح : ولا يجوز عبد معتوق لأن مجيء مفعول من أفعلت شيئا مسموع لا يقاس عليه اهـ مصححه .

(وعتق بما أنت إلا حر) لا بما أنت إلا مثل الحر ، وإن نوى ولا بكل مالى حر ولا بكل عبد فى الأرض أو كل عبيد الدنيا أو أهل بلخ حر عند الثانى وبه يفتى ، بخلاف هذه السكة أو الدار بحر .
(حرر حاملا عتقا) أصالة وقصدا (إذا ولدته بعد عتقها لأقل من نصف حول) ولأكثر عتق تبعا ، وثمرته

أى صرح بذلك ، بأن قال أنت عتيق فى السن : أى كبير السن . وفى البحر عن الخانية : لو قال أنت حر النفس يعنى فى الأخلاق عتق فى القضاء (قوله وعتق بما أنت إلا حر) لأن الاستثناء من النفى على إثبات وجه التأكيد كما فى كلمة الشهادة هداية ، ويستثنى منه ما نقله الحموى عن منية المفتى : إذا أمر غلامه بشىء فامتنع فقال له ما أنت إلا حر فإنه لا يعتق ذكره أبو السعود . قال ط : لأن قرينة الحال دالة على أن المراد ما أفعالك هذه إلا أفعال الحر (قوله لا بما أنت إلا مثل الحر) وإن نوى كذا نقله فى الدر المنتقى عن المحيط مع أنه فى البحر والقهستانى نقلا هذه المسألة عن المحيط بدون قوله وإن نوى ، وكذا فى الجوهرة لكن بدون عزو ، نعم فى القهستانى : لا يصح بقوله أنت مثل الحر أو الحرة وإن نوى . وقال بعضهم : إنه يعتق بالنية كما فى الاختيار اه . واقتصر الزيلعى على الثانى وقال لأنه أثبت المماثلة بينهما ، وهى قد تكون عامة وقد تكون خاصة ، فلا يعتق بلا نية للشك (قوله ولا بكل مالى حر) لأنه يراد به الصفاء والخلوص عن شركة الغير بحر (قوله أو أهل بلخ) أى كل عبيد أهل بلخ وهو من أهل بلخ ولم ينو عبده كما فى التتارخانية ، ومقتضاه أنه لو نوى عبده يعتق . والظاهر أن مثله يقال فى كل عبده فى الأرض وعبيد أهل الدنيا ، ويؤيده أنه قال بعده : ولو قال ولد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبده إلا بالنية بالاتفاق (قوله حر) أفرد الخبر نظرا للفظ كل فى المسألة الثانية ط (قوله بخلاف هذه السكة أو الدار) أى فإنه يعتق وإن لم ينو بلا خلاف كما فى التتارخانية . وقال قبله : وعلى هذا الخلاف إذا قال كل عبد فى هذا المسجد : يعنى المسجد الجامع يوم الجمعة فهو حر وعبده فى المسجد إلا أنه لم ينوه ، أو وقال كل امرأة طالق وامرأته فى المسجد إلا أنه لم ينوها اه . وحينئذ فالفرق بين السكة والجامع أن المسجد الجامع فى حكم البلدة لكونه جامعا لأهلها ؛ ولذا قيده بيوم الجمعة ، بخلاف السكة لأن لها أهلا محصورين فلذا عتق فيها بلا نية اتفاقا هذا والشارح عزا المسألة إلى البحر مع أنه فى البحر لم يذكر السكة بل ذكر الدار (قوله عتقا) أطلقه فشمل ما إذا استثنى حملها فإنه يعتق تبعا لها كما فى التتارخانية (قوله أصالة) بفتح الهمزة وعطف القصد عليها من عطف العلة على المعلول ط . أما فى الأم فظاهر ، وأما فى الجنين فمن حيث أنه جزء ، والتحرير المسلط على الكل مسلط على الجزء أصالة وقصدا ، وهذا لا ينافى قول البحر عتقا : أى الأم والحمل تبعا لها لأنه باعتبار كون الجزء فى ضمن الكل ح ، وهذا مقيد بأن لا يكون خرج أكثر الولد ، فإن خرج أكثره لا يعتق لأنه كالمنفصل فى حق الأحكام ، ألا ترى أنه تنقضى به العدة ، ولو مات فى هذه الحالة يرث ، وتمامه فى البحر (قوله إذا ولدته الخ) للتيقن بوجوده وقت الإعتاق ط (قوله ولو لأكثر) أى من الأقل فيشمل تمام النصف ح (قوله عتق تبعا) حاصله أن الحمل يعتق بإعتاق أمه مطلقا ، لكنه إذا ولدته لأقل من نصف حول يعتق أصالة ولأكثر تبعا ، وإنما قيد المصنف بالأول لئلا يتكرر مع قوله الآتى والولد يتبع الأم الخ (قوله وثمرته) أى ثمرة الفرق بين عتقه أصالة أو تبعا انجرار ولائه ، وهى مذكورة فى كتاب الولاء حيث قال هناك : ومن أعتق أمته والحال أن زوجها قن للغير فولدت لأقل من نصف حول مذ عتقت لا ينتقل ولاء الحمل عن موالى الأم أبدا ، فإذا ولدت بعد عتقها لأكثر من نصف حول فولاؤه لموالى الأم أيضا لتعذر تبعيته للأب لرقه ، فإن عتق القن وهو الأب قبل موت الولد جر ولاء ابنه إلى مواليه لزوال المانع ، هذا إذا لم تكن معتدة ، فلو معتدة فولدت لأكثر من نصف حول من العتق

انجرار ولائه (ولو حرره) ولو بلفظ علقة أو مضغة أو إن حملت بولد فهو حر (عتق فقط) ولم يجز بيع الأم وجاز هبتها ، ولو دبره لم تجز هبتها فى الأصح لأنه كمشاع وبطل شرط المال عليه ، وكذا على أمه ، لـكن يشترط قبولها للعتق . وفى الظهيرية : قال : مافي بطنك متى أدى إلىّ ألفا تعليق . وفيها : أوصى له ومات وأعتقه الورثة جاز وضمنوه يوم الولادة . ولو قال أكبر ولد فى بطنك حر فولدت ولدين فأولهما خروجا أكبر (والولد) مادام جنينا (يتبع الأم) ولو بهيمة فيكون لصاحب الأنثى ، ويؤكل ويضحى به لو أمه كذلك (فى الملك)

ولدون حولين من الفراق لاينتقل لموالى الأب اه أى للتيقن بوجود الحمل عند العتق حيث وجبت إضافة العلوق إلى ما قبل الفراق (قوله ولو حرره الخ) أى حرر الحمل وحده ، بأن قال حملك حر أو قال المضغة أو العلقة التى فى بطنك حر عتق خانية ، لـكن لابد من تحقق وجوده قبل التحرير بأن ولدته لأقل من ستة أشهر ، فلو لسته فأكثر لا يعتق ، ولا يكون قوله ما فى بطنك حر إقرارا بوجوده لعدم التيقن به لجواز حدوثه ، وتمامه في البحر (قوله أو إن حملت بولد فهو حر) الظاهر أنه يشترط أن تلده لأكثر من ستة أشهر إذ لو كان أقل علم أنه حمل موجود والشرط حمل حادث ، وينبغى أنه لو أنكر حدوثه بعد ستة أشهر أن يكون القول له إلى سنتين ، أما بعدهما فهو حمل حادث يقينا تأمل (قوله عتق فقط) أى دون الأم إذ لاوجه لإعتاقها مقصودا لعدم الإضافة ، ولا تبعا لأن فيه قلب الموضوع نهر (قوله ولم يجز بيع الأم الخ) لأنه لما كان ما فى بطنها لا يقبل النقل صار بمنزلة الحمل المستثنى والاستثناء شرط فاسد فى البيع والهبة ، لـكن البيع يبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف الهبة كما يأتى فى البيع الفاسد ح (قوله لم تجز هبتها فى الأصح) والفرق أن بالتدبير لايزول ملكه عما فى البطن ، فإذا وهب الأم بعد التدبير فالموهوب متصل بما ليس بموهوب فيكون فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، وأما بعد العتق مافى البطن غير مملوك بحر عن المبسوط (قوله وبطل شرط المال عليه الخ) لأنه لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزام أمه ؛ فإذا قال أعتقت ما فى بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر يعتق بلا شيء لأنه معلق بقبولها الألف وقد قبلته فعتق الولد وبطل المال ، لأن اشتراط بدل العتق على غير المعتق لايجوز بحر ملخصا (قوله لـكن يشترط قبولها) أى قبولها المال إذا شرطه عليها ، وقوله للعتق متعلق بيشترط (قوله قال مافى بطنك) الخبر محذوف تقديره حر وهو موجود فى بعض النسخ (قوله تعليق) أى على الأداء ، فإذا ولدت لأقل من ستة أشهر فهو حر متى أدى إليه الألف كما فى البحر (قوله أوصى به) أى بما فى بطن أمته ومات أى الموصى وأعتقه الورثة : أى أعتقوا ما فى بطنها تبعا لإعتاق أمه . والعبارة فى البحر عن الظهيرية : وهكذا رأيتها فى الظهيرية . والأحسن عبارة كافى الحاكم فأعتق الوارث الأمة الخ . قال ط والظاهر عدم جواز إعتاقه قصدا لأنه غير مملوك لهم (قوله جاز) أى إعتاقهم لأنها دخلت في ملكهم ولم يدخل حملها فى ملك الموصى له إذ لايدخل فى ملكه إلا بعد الولادة ط (قوله وضمنوه يوم الولادة) لأنه أول يوم يدخل فى ملكه أن لو بقى بلا إعتاق ط (قوله فأولهما خروجا أكبر) ظاهره لو خرجا معا لم يعتق واحد منهما إلا أن تلد ثالثا قبل مضى ستة أشهر فيعتقان لأنهما أكبر منه والولد وإن ذكر مفردا لـكنه مفرد مضاف فيعم ط عن السيد أبى السعود (قوله ما دام جنينا) أما بعد الولادة فلا يتبعها فى شيء مما ذكروه ، حتى لو أعتقت لا يعتق بحر وسيذكر الشارح استثناء مسألتين مع زيادة ثلاثة أخر (قوله يتبع الأم) للإجماع ولأنه متيقن به من جهتها ولذا يثبت نسب الزنا وولد الملاعنة من أمه حتى ترثه ويرثها لأنه قبل الانفصال كعضو منها حسا وحكما ويتبعها فى البيع والعتق وغيرهما فـكان جانبها أرجح بحر (قوله فيكون لصاحب الأنثى) كما إذا نزا ذكر لرجل على أنثى لآخر كان حملها لصاحبها فقط (قوله لو أمة كذلك) أى لو كانت أمه مما يؤكل ويضحى بها والمراد أنه يأخذ حكم أمه ولا يزول عنه بعد الولادة كما يأخذ

بسائر أسبابه (والرق) إلا ولد المغرور وصورة الرق بلا ملك كالكفار فى دار الحرب ، فإن كلهم أرقاء غير مملوكين لأحد ، فأول مايؤخذ الأسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدارنا ، فإذا أخذت ومعها ولد يتبعها فى الرق قهستانى :

(والحرية والعتق وفروعه) ككتابة

حكمها فى العتق وغيره كذلك ، فلا يرد أن الكلام فى الجنين وهو لا يضحى به قبل الولادة فافهم . وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى عن جوامع الفقه والولوالجية : الاعتبار فى المتولد للأم فى الأضحية والحل ، وقيل يعتبر بنفسه فيهما ، حتى إذا نزا ظبى على شاة أهلية فإن ولدت شاة تجوز التضحية بها ، وإن ولدت ظبيا لم تجز ولو ولدت الرمكة حمارا لم يؤكل . وفى الخلاصة فى الأضحية : المتولدة بين الكلب والشاة قال عامة العلماء لا يجوز وقال الإمام الجرجانى إن كان يشبه الأم يجوز اه وسيأتى مسألة المتولد بين الكلب والشاة فى الذبائح عن نظم الوهبانية . والحاصل أن المفهوم مما مر أن الولد تبع لأمه مطلقا ، وقيل لا تعتبر التبعية بل يعتبر بنفسه والأول المعتمد كما يقتضيه كلام البدائع فى كتاب الأضحية وهو مقتضى إطلاق المتون لكن على ماقاله عامة العلماء يستثنى ولد الكلب . والظاهر أن المتولد بين آدمى وشاة كذلك بل أولى لأنه جزء آدمى لا يحل الانتفاع به فضلا عن أكله فافهم (قوله بسائر أسبابه) كشراء وهبة وإرث ح : (قوله إلا ولد المغرور) كما إذا تزوج امرأة على أنها حرة فإذا هى قنة فأولاده منها أحرار بالقيمة ، وتعتبر القيمة يوم الخصومة شرنبلالية ، وهذا إذا كان المغرور حرا ، فلو مكاتبا أو عبدا أو مدبرا فالأولاد أرقاء حموى عن البرجندى . قال ط : وينبغى أن يستثنى أيضا ما لو تزوج أمة وشرط حرية الولد فإنه يكون حرا :

مطلب أهل الحرب كلهم أرقاء

(قوله وصورة الرق بلا ملك الخ) لما كان الأصل فى العطف المغايرة كان مظنة أن يقال هل يتصور رق بلا ملك فبين صورته ، وأما صورة الملك بلا رق فهى ظاهرة كالحيوان والثياب وكذا صورة اجتماعهما ، لكن قد يكونان كاملين كما فى القن ، وقد يكون أحدهما كاملا والآخر ناقصا فالمدبرة وأم الولد الرق فيهما ناقص فلم يجز عتقهما عن الكفارة ، والملك فيهما كامل حتى جاز وطؤهما ، والمكاتب رقه كامل فجاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ، وتمامه فى البحر (قوله فإن كلهم أرقاء) أى بعد الاستيلاء عليهم بدليل التفريع ، أما قبله فهم أحرار لما فى الظهيرية : لو قال لعبده نسبك حر أو أصلك حر ، إن علم أنه سبى لا تعتق ، وإن لم يعلم أنه سبى فهو حر . قال وهذا دليل على أن أهل الحرب أحرار اه وسيأتى فى باب استيلاء الكفار ما يؤيده أيضا (قوله فإذا أخذت الخ) ليس هذا التصوير فى القهستانى وهو خطأ إذ الولد حينئذ مسترق أصالة . والمثال الصحيح كما قاله ح أخذ حاملا يتبعها الحمل فى الرق وذلك لأن المقام فى تبعية الجنين لا الولد المنفصل ط (قوله والحرية) أى الأصلية ، بأن تزوج عبد حرة أصلية فحملت منه ، وأما الطارئة فقد مرت نهر أى فى قوله حرر حاملا عتقا (قوله والعتق) هو حرية طارئة وقد مرت كما علمت ، لكن المراد بما مر عتق الولد قصدا ولذا قيده المصنف هناك بما إذا ولدته بعد عتقها لأقل من نصف حول ، والمراد بما هنا العتق تبعا للأم ، فيراد به ما إذا ولدته لنصف حول فأكثر ، فيكون هذه الصورة مفهوم قوله هناك إذا ولدته لأقل من نصف حول فلا تكرار كما أفاده ح : وقدم الشارح الثمرة فى انجرار الولاء ، وما قيل إن هذه الصورة سبق قلم لأن الموضوع فى الجنين لا فى الولد بعد انفصاله ففيه أن المراد أنه يحكم بعتقه قبل الولادة ولكن إذا ولد لنصف حول فأكثر علم أنه عتق تبعا لأمه لكونه جزءا منها ، وإن ولدته لأقل علم أنه عتق قصدا وأصالة لتيقن وجوده وقت الإعتاق فافهم (قوله ككتابة) بأن

وتدبير مطلق واستيلاد إذا لم يشترط الزوج حرية الولد كما مر ، وفى رهن ودين وحق أضحية واسترداد بيع وسريان ملك ، فهى اثنا عشر ، ولا يتبعها فى كفالة وإجارة وجناية وحد وقود وزكاة سائمة ورجوع فى هبة

كاتب أمته الحامل فجاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الكتابة نهر . قال ح : فيعتقان معا بأدائها البدل ، وكذا كل ولد تلده فى مدة الكتابة اهـ . وعليه فتقييد النهر بأقل من ستة أشهر لتكون الكتابة واقعة على الحمل أصالة وقصدا ، وإلا فكل حمل فى المدة يتبعها فى حكم الكتابة كما علمت (قوله وتدبير مطلق) احترز به عن المقيد كإن مت من مرضى هذا فأنت حرة فإنه لا يتبعها فيه اهـ وعزاه فى النهر للظهيرية .

قلت : هذا ظاهر فى الولد الذى تأتى به بعد التدبير وكلامنا فى الحمل ، فإذا دبر حاملا من غير سيدها صار الحمل مدبرا قصدا وأصالة إن ولدته لأقل من ستة أشهر ، وإن لأكثر فهو مدبر تبعا لها لكن لا فرق هنا بين التدبير المطلق والمقيد ، لأن المقيد فى حكم المعلق ، فإذا قال إن مت من مرضى هذا فأنت حرة ثم مات بعد شهر مثلا عتقت وعتق حملها تبعا لها لكن هذا من مسائل التبعية فى الحرية العارضة ، وهذا لو ولدت بعد موت المولى ، أما قبله فلا يعتق ولدها ، لأنه ولد قبل عتقها ، بخلاف التدبير المطلق فإنه لا فرق فيه بين ولادتها قبل موته أو بعده لأنه ثبت تدبيرها قبله حتى لا يجوز له بيعها فلعل تقييده بالمطلق لهذا فتأمل (قوله واستيلاد) بأن زوج أم ولده فحملت تبعها ولدها فى حكم أمومية الولد فيعتق بموت السيد كالأم نهر (قوله إذا لم يشترط الزوج حرية الولد) هذا بحث لصاحب النهر ، فلو شرط ذلك عتق بالولادة قبل موت السيد ح . وينبغى أن يستثنى أيضا المغرور كما لا يخفى (قوله كما مر) أى فى باب نكاح الرقيق كما قاله فى الدر المنتقى (قوله وفى رهن) أى إذا رهن حاملا كان ولدها رهنا معها ح أى فإذا وضعته ليس للراهن نزعه من يد المرتهن ط (قوله ودين) صورته أذن لأمته الحامل فى التجارة ثم لزمها دين تبعها الولد فيه حتى يباع فيه ح (قوله وحق أضحية) أى إذا اشترى شاة حاملا للأضحية لزمه التضحية بولد أيضا اهـ ح أى بعد خروجه حيا (قوله واسترداد بيع) أى إذا باع أمة بيعا فاسدا ثم استردها وهى حامل يتبعها الولد فى الاسترداد ح (قوله وسريان ملك) قال فى الأشباه : وحق المالك القديم يسرى إليه اهـ ح . وصورته إذا تداولت الأيدى الجارية فردت بعيب قديم على المالك الأول وهى حامل تبعها حملها وكذا إذا استحقت اهـ ط (قوله فهى اثنا عشر) أى المسائل التى يتبع فيها الحمل أمه (قوله ولا يتبعها فى كفالة) أى إذا كفلت وهى حامل بمال أو نفس لا يتبعها الولد فى طلب إذا استمرت الكفالة حتى ولدته وكبر ، وكذا إذا كفلت أمة حامل بإذن السيد لا يتبعها ولدها ط أى لا يتبعها بعد الولادة ، أما قبلها فلرب المال بيعها حاملا إذا لم يفدها المولى فإذا ولدت بعد البيع كان الولد للمشترى تأمل (قوله وإجارة) أى إذا آجرها عشر سنين مثلا وكانت حاملا فولدت فى أثنائها لا يدخل الولد فى الإجارة حتى لا يستخدمه ط (قوله وجناية) بأن قتلت رجلا خطأ وهى حامل فلا يتبعها ولدها فى الدفع عن الجناية ، وإذا فدى السيد إنما يفدى الأم فقط اهـ .

وحاصله أنه لو تبعها للزم بعد الولادة دفعه معها أو فداؤه أيضا ، أما لو دفعها قبل الولادة ملكه المجنى عليه ، حتى لو ولدت بعد الدفع لم يكن للسيد أخذ الولد كما لا يخفى لأنه تبعها فى الملك (قوله وحد) فلا تحد وهى حامل أى حد كان ، فإذا ولدته ، فإن كان حدها الرجم رجمت إلا إذا كان الولد لا يستغنى عنها ، وإن كان الجلد فبعد النفاس كما يأتى فى الحدود ط (قوله وقود) فلا تقتل إلا بعد الوضع ح (قوله وزكاة سائمة) لأنه لا شىء فى الفصلان والعجاجيل والحملان ، إلا إذا مات الكبار أثناء الحول وخلفت صغارا فيها كبير فبالأولى لا يجب فى الحمل شىء (قوله ورجوع فى هبة) سيذكر فى الهبة ما نصه : ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع ؟ قال فى السراج لا ، وفى الزيلعى نعم . ووجه فى المنح الأول بأن الولد زيادة متصلة لم تكن وقت الهبة ، والثانى بأن الحبل نقصان لا زيادة اهـ

وإيصاء بخدمتها ، ولا يتذكى بذكاة أمه فهي تسع كما بسط في بيوع الأشباه . وزاد في البحر : ولا في نسب ، حتى لو نكح هاشمي أمة فولدها هاشمي كأبيه رقيق كأمه ، ولا يتبعها بعد الولادة إلا في مسألتين : إذا استحقت الأم ببينة

قلت : والتوفيق ماسيذكره في باب خيار العيب من أن الحبل عيب في الآدمية لافي البهيمة ، أو ما في الهندية من الهبة من أن الجواري تختلف ، فمنهن من تسمن به ويحسن لونها فيكون زيادة تمنع الرجوع ، ومنهن بالعكس فيكون نقصانا لايمنع الرجوع اه ويؤيد هذا التوفيق مافي الخلاصة والبزازية من أن الحبل إن زاد خيرا منع الرجوع وإن نقص لا اه ؛ فإذا كانت الموهوبة أمة وحبلت عند الموهوب له ونقصت بذلك كان للواهب الرجوع ولايتبعها حملها ، بل إذا ولدت بعد الرجوع يسترده الموهوب له لكونه حدث على ملكه ، كما قالوا فيما لو بنى في الدار الموهوبة بناء منقصا كبناء تنور في بيت السكنى فإنه لايمنع الرجوع كما في الخانية وللموهوب له أخذه ، فقد سقط ماقيل إن ماذكره الشارح لايوافق القولين فافهم ؛ ثم لايخفى أن هذا في الحبل العارض : أما لو وهبها حبلى ورجع بها كذلك صح وليس الكلام فيه خلافا لما فهمه الحموي .

وبقي مالو كان الحبل من الموهوب له ، فبحث بعضهم بأنه مانع من الرجوع ، وسيأتي تمام الكلام على ذلك في الهبة إن شاء الله تعالى (قوله وإيصاء بخدمتها) يعني إذا أوصى بخدمة جاريته الحامل من غيره ليس للموصى له أن يستخدم الحمل بعد وضعه لعدم دخوله في الوصية وإن كان متحققا وقتها لأنه إنما جعل له الانتفاع بها خاصة لا بذات أخرى ط . وحاصله أن الخدمة منفعة وهو إنما أوصى بمنفعتها لابذاتها ولا بمنفعة ولدها ، بخلاف ما إذا أوصى بذاتها فإن الحمل الموجود يتبعها في الملك للموصى له لأنه يملكها بسائر أجزائها وحملها جزء منها (قوله ولايتذكى بذكاة أمه) أي بذبحها سواء كان تام الخلق أم لا حتى إذا خرج ميتا لم يؤكل وهو الصحيح ؛ وقالا إن تم خلقه أكل ط (قوله وزاد في البحر الخ) زاد البيري ثانية ، وهي مافي خزانة الأكمل : لو قال لجارية إذا ملكتك فأنت حرة فولدت ثم اشتراها عتقت دون الولد اه .

قلت : وزدت ثالثة وهي ولد المغصوبة لا يتبعها في الغصب ، حتى لو ولدته ومات عند الغاصب بلا تعدّ منه لم يضمنه ، وكذا سائر زوائد الغصب كثمر الشجر ونحوه لأنه أمانة كما سيأتي في بابه ؛

مطلب الشرف لايثبت من جهة الأم الشريفة

(قوله ولا في نسب الخ) لأن النسب للتعريف وحال الرجال مكشوف دون النساء كذا في الشمني ، فهذا صريح بأن الشريف لايثبت من جهة الأم الشريفة باقاني ، نعم لولدها شرف ما بالنسبة لغيره (قوله رقيق كأمه) لأن الزوج قد رضي برق الولد حيث قدم على تزوجها مع العلم برقها بحر .

مطلب يتصور هاشمي رقيق والده هاشميان

قال الخير الرملي : فلو كان هذا الولد أنثى فزوجت بهاشمي فأتى له ولد منها فهو : أي هذا الولد رقيق وهو هاشمي ابن هاشمي وهاشمية ، فيتصور هاشمي من هاشميين وهو رقيق يصح بيعه وسائر مايجوز في الرقيق من التصرفات اه (قوله ولا يتبعها بعد الولادة) أي في حكم حدث بعد الولادة ، أما الحكم الحادث قبلها ولو كان قبل الحمل كالتدبير والاستيلاد فإن الأولاد المتأخرين يتبعونها فيه كما سبق ط (قوله إذا استحقت الأم ببينة) أي إذا ولدت المبيعة عند المشتري لا باستيلاده فاستحقت ببينة يتبعها ولدها بشرط القضاء به في الأصح إذا سكت الشهود ، فلو بينا أنه لذي اليد أو قالوا لاندري لايقضى به ، وإن أقر ذو اليد بها لرجل لايتبعها كما سيأتي في الاستحقاق

وإذا بيعت ، والبهيمة ومعها ولدها وقته :

(ولد الأمة من زوجها ملك لسيدها) تبعا لها (وولدها من مولاها حر) وقد يكون حرا من رقيقين بلا تحرير كأن نكح عبد أمة أبيه فولده حر لأنه ولد ولد المولى ظهيرية ، وعليه فولدها من سيدها أو ابنه أو أبيه حر :

[فرع] حملت أمة كافرة لكافر من كافر فأسلم هل يؤمر مالكها الكافر ببيعها لإسلامه تبعا ؟ قال فى الأشباه لم أره .

قلت : الظاهر أنه لايجبر لأنه قبل الوضع موهوم وبه لايسقط حق المالك ، والله أعلم .

باب عتق البعض

(أعتق بعض عبده) ولو مبهما (صح) ولزمه بيانه (ويسعى فيما بقى) وإن شاء حرره (وهو) أى معتق

إن شاء الله تعالى . والفرق كما ذكره فى الدرر هناك أن البينة تثبت الملك من الأصل والولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت بها الاستحقاق فيهما ، والإقرار حجة قاصرة تثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الخبر فتتقدر بقدرها (قوله وإذا بيعت البهيمة الخ) سيأتى فى فصل مايدخل فى البيع تبعا أنه يدخل ولد البقرة الرضيع لاولد الأتان رضيعا أولا بهيفتى اه . والفرق أن البقرة لاينتفع بها إلا بالعجل ولا كذلك الأتان كما فى البحر هناك أى لأن البقرة تقصد للحلب ومثلها الشاة والناقة ، بخلاف الأتان ، وبخلاف الولد الفطيم .

[تتمة] يزاد تبعية الولد لها إذا أسلمت فإن الولد يتبع خير الأبوين دينا كما مر فى النكاح . وزاد البيرى مسألتين أيضا عن خزانة الأكمل : مالو وكله أن يعتق أمته فولدت ولدا له أن يعتق ولدها أيضا ، ومالو ولدت الوديعة للوكيل قبضه معها إلا إذا ولدت قبل أن يوكله اه. فالمستثنى خمس (قوله ملك لسيدها) هذا داخل تحت قوله والولد يتبع الأم فى الملك ، وتقدم استثناء المغرور من شرط حرية الولد (قوله حر) لأنه علق حرا ، لأن ماء جاريته مملوك له فلا يعارض ماءه كما فى المبسوط ، وقيل إنه يعتق عليه ، وتمامه فى النهر (قوله كأن نكح عبد) أى بإذن سيده (قوله وعليه) أى على مافى الظهيرية والتفريع لصاحب البحر ، وفيه استدراك على تقييد المصنف بالمولى (قوله أو ابنه أو أبيه) أى ونحوهما من كل ذى رحم محرم منه (قوله من كافر) أى من زوج كافر (قوله قلت الخ) البحث لصاحب النهر (قوله لأنه قبل الوضع موهوم) مفاده أنه لو تحقق وجوده بالعلامات القاطعة التى تدركها أرباب الخبرة أنه يجبر إلا أن يراد بكونه موهوما مايعم ماذكر ، ويعم كونه ينفصل عنها أو يموت فى بطنها ، فإن انفصاله موهوم ط (قوله وبه) أى بتوهم الحمل المأخوذ من موهوم ط (قوله لايسقط حق المالك) أى من عينها فلا يجبر على بيعها ط ، والله سبحانه أعلم .

باب عتق البعض

أخره عن الكل إما لأنه من العوارض لقلة وقوعه ، أو للخلاف ، أو لأنه تبع للكل ، أو لأنه دونه فى الثواب نهر (قوله ولو مبهما) كجزء منك حر أو شىء منك حر ، ولو قال سهم منك حر عتق السدس خانية (قوله صح) أى إعتاقه ، وهو عبارة عن زوال الملك عن البعض لاعن زوال الرق لأنه عند الإمام رقيق كله كما فى الفتح ويأتى تمامه (قوله ولزمه بيانه) أى فى المبهم (قوله ويسعى فيما بقى) أى فى بقية قيمته لمولاه ، وتعتبر قيمته فى الحال فتح .

وفى البحر عن جوامع الفقه : الاستسعاء أن يؤاجره ويأخذ قيمة مابقى من أجره اه . وفى القهستانى :

البعض (كمكاتب) حتى يؤدى إلا فى ثلاث (بلا رد إلى الرق لو عجز) ولو جمع بينه وبين قن فى البيع بطل فيهما ، ولو قتل ولم يترك وفاء فلا قود ، بخلاف المكاتب (وقالا) من أعتق بعضه (عتق كله) والصحيح قول الإمام قهستانى عن المضمرات ، والخلاف مبنى على أن الإعتاق يوجب زوال الملك عنده وهو منجز : وعندهما زوال الرق وهو غير منجز ، وعلى هذا الخلاف التدبير والاستيلاد . ولا خلاف فى عدم تجزى العتق والرق :

ومن الغريب مافى البدائع من تجزيهما عند الإمام ، لأن الإمام لو ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق

وعن أبى يوسف أنه يؤجر ولو صغيرا يعقل فيأخذ من أجرته كالحر المديون إلى أن يؤدى السعاية (قوله كمكاتب) فى أنه لايباع ، ولا يرث ، ولا يورث ولا يتزوج ، ولا تقبل شهادته ،ويصير أحق بمكاسبه ،ويخرج إلى الحرية بالسعاية والإعتاق ، ويزول بعض الملك عنه كما يزول ملك اليد عن المكاتب ، فيبقى هكذا إلى أن يؤدى السعاية در منتقى وقهستانى (قوله بلا رد إلى الرق لو عجز) لأنه إسقاط محض فلا يقبل الفسخ ،بخلاف الكتابة در منتقى (قوله بطل فيهما) لأنه لما تعذر رده إلى الرق صار بمنزلة الحر ، ولو جمع بين قن وحر فى البيع بطل فيهما فكذا هذا ح (قوله ولو قتل) أى قتله أحد عمد أو لم يترك وفاء أى مايفى بما عليه لسيده فلا قود بقتله : أى لاقصاص للاختلاف فى أنه يعتق كله أولا كالمكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث ، فقيل يموت حرا ، وقيل لا ،فقدجهل المستحق هل هو الوارث أو المولى . أما المكاتب الذى لم يترك وفاء فإنه مات رقيقا بلا خلاف (قوله والصحيح قول الإمام الخ) وكذا نقل العلامة قاسم تصحيحه عن أئمة التصحيح ، وأيده فى فتح القدير بالمعنى وبالسمع ، ومنه حديث الصحيحين « من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه ، وإلا فقد عتق منه ماعتق» أفاد تصور عتق البعض فقط الخ (قوله والخلاف مبنى الخ) هذا ماحققه فى فتح القدير ، وهو أن يراد الخلاف فى تجزى العتق أو الإعتاق وعدمه غلط فى تحرير محل النزاع ، بل الخلاف فيما يوجبه الإعتاق أو لا وبالذات . فعندهما زوال الرق وهو غير منجز اتفاقا . وعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق ، فلزم تجزى موجبه غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل شرعا ، كحكم الحدث لايزول إلا عند غسل كل الأعضاء وغسلها منجز ، وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هى قدرة على التصرفات ،ولا يتصور ثبوتها فى بعضه شائعا وتمامه فيه (قوله وعلى هذا الخلاف التدبير) فإذا دبر بعض عبده اقتصر عليه عنده وسعى فى الباقى بعد موت سيده وسرى إلى كله عندهما ولا سعاية عليه ط (قوله والاستيلاد) أى فإنه منجز عنده لا عندهما . والخلاف فى استيلاد المشتركة المدبرة لا القنة : قال فى الفتح : وأما الاستيلاد فمنجز عنده ، حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه ، حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ، ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله ، وإنما كمل فى القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالإتلاف ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزى ضرورة اه (قوله ولا خلاف فى عدم تجزى العتق والرق) فيه أن العتق إن كان بمعنى زوال الملك تجزى ، وإن كان بمعنى زوال الرق لايتجزى اه ح .

قلت : ليس مراد الشارح موجب العتق وهو ماذكر بل مراده نفس العتق . فى الزيلعى : الإعتاق يوجب زوال الملك عنده ، وهو منجز . وعندهما زوال الرق ، وهو غير منجز . وأما نفس الإعتاق أو العتق فلا يتجزى بالإجماع ، لأن ذات القول(١) وهو العلة وحكمه وهو نزول الحرية فيه لايتصور فيه التجزى ،وكذا الرق لايتجزى بالإجماع لأنه ضعف حكمى ، والعتق والحرية قوة حكمية فلا يتصور اجتماعهما فى شخص واحد اه أى اجتماع الضعف الحكمى والقوة الحكمية وهما الرق والعتق (قوله ومن الغريب الخ) إنما كان غريبا لمخالفته المشهور

---

(١) (قوله لأن ذات القول) أى الإعتاق ، وقوله (وحكمه) أى العتق ، ففيه لف ونشر مرتب اه منه .

على أنصافهم ومنّ على الأنصاف جاز ، ويكون حكمهم بقاء كالمبعض .

ولو (أعتق شريك نصيبه فلشريكه) ست خيارات بل سبع (إما أن يحرر) نصيبه منجزا ، أو مضافا لمدة كمدة الاستسعاء فتح ، أو يصالح ، أو يكاتب لا على أكثر من قيمته لو من النقدين . ولو عجز استسعى ، فإن امتنع آجره جبرا (أو يدبر) وتلزمه السعاية للحال ، فلو مات المولى فلا سعاية إن خرج من الثلث (أو يستسعى) العبد كما مر (والولاء لهما) لأنهما المعتقان (أو يضمن) المعتق (لو موسرا) وقد أعتق بلا إذنه ، فلو به استسعاه على المذهب

من الاتفاق المذكور ، ولكن هذا حكاه فى البدائع عن بعض المشايخ جوابا عن استدلال الصاحبين بأن الرق لايتجزى فى حالة الثبوت ، حتى لايصرف الإمام الرق فى نصف السبايا ويمنّ على نصفهم فكذا فى حال البقاء. ثم قال فى جوابه : من مشايخنا من منع ذلك ، فإن الإمام لو فعل ذلك جاز ويكون حكمهم حكم معتق البعض فى حالة البقاء اهـ .

قلت : ويظهر لى الجواب بأنه ليس فى ذلك تجزى الرق فى حالة الثبوت ، لأن الرق ثبت عليهم حالة الاستيلاء كما مر فصرف الرق إلى نصف كل واحد منهم تقرير للثابت والمن على النصف الباقى بمعنى إعتاق أنصافهم ، فصار ذلك إعتاق البعض ابتداء وبقاء فتدبر (قوله فلشريكه) أى الذى يصح منه الإعتاق ، حتى لو كان صبيا أو مجنونا انتظر بلوغه وإفاقته إن لم يكن ولى أو وصى ، فإن كان امتنع عليه العتق فقط نهر (قوله بل سبع) لأن التحرير نوعان منجز ومضاف ، وهذا قول الإمام . وقالا : ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار نهر (قوله أومضافا لمدة كمدة الاستسعاء) قال فى الفتح : وينبغى إذا أضافه أن لاتقبل منه إضافته إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ؛ ولو دبره وجب عليه السعاية فى الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغى أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء كذا فى البحر ح (قوله أو يصالح) أى الساكت المعتق أو العبد كما يفاد من البحر ط (قوله لا على أكثر من قيمته) راجع إلى الصلح والكتابة ، والمراد قيمة حصته كالنصف مثلا ، فيصح على نصف القيمة أو أقل لا أكثر بزيادة لايتغابن الناس فيها ، فالفضل باطل لأنه ربا كما فى البحر (قوله لو من النقدين) فلو على عروض أكثر من قيمته جاز بحر (قوله ولو عجز استسعى) أى لو عجز العبد عن بدل الكتابة استسعاه الساكت ، أفاده فى البحر . والظاهر أن عجزه عن بدل الصلح كذلك ط (قوله فإن امتنع آجره جبرا) أى ويؤخذ نصف القيمة من الأجرة كذا فى الشلبى ، ومنه يستفاد أنه عند العجز عن بدل الكتابة والصلح يرجع إلى اعتبار القيمة لا لما وقع عليه العقد وإن كانت الزيادة يسيرة ط (قوله وتلزمه السعاية للحال) ولا يجوز لسيده أن يتركه على حاله ليعتق بعد الموت ، بل إذا أدى عتق لأن تدبيره اختيار منه للسعاية بحر (قوله فلو مات المولى الخ) ظاهر كلام الفتح أنه لا فائدة للتدبير والكتابة لرجوعهما إلى السعاية . وأجاب فى البحر بأن للتدبير فائدة ، هى أنه لو مات المولى سقطت عنه السعاية إذا خرج من الثلث ، كما أن فائدة الكتابة تعيين البدل لأنه لولا الكتابة لاحتيج إلى تقويمه وإيجاب نصف القيمة وقد يحتاج فيها إلى القضاء عند التنازع فى المقدار (قوله كما مر) من كونه يؤجره جبرا إن امتنع كما يفهم من النهر ح (قوله والولاء لهما) أى فى جميع الخيارات السابقة ط (قوله أو يضمن المعتق) وحينئذ فالسيد أيضا بالخيار ، إن شاء أعتق مابقى ، وإن شاء دبر ، وإن شاء كاتب ، وإن شاء استسعى بدائع ، وإن أبرأه الشريك عن الضمان فله أن يرجع على العبد والولاء للمعتق هندية ط (قوله استسعاه على المذهب) وعن أبى يوسف أن له التضمين لأنه عنده ضمان تمليك لا إتلاف بحر . والظاهر أن اقتصاره على السعاية يريد به نفى الضمان ، لا نفى الإعتاق والتدبير

(ويرجع) بما ضمن (على العبد والولاء) كله (له) لصدور العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وهل يجوز الجمع بين السعاية والضمان إن تعدد الشركاء؟ نعم وإلا لا ،ومتى اختار أمرا تعين إلا السعاية فله الإعتاق ، ولو باعه أو وهبه نصيبه لم يجز لأنه كمكاتب (ويساره بكونه مالكا قدر قيمة نصيب الآخر) يوم الإعتاق سوى ملبوسه وقوت يومه في الأصح مجتبى . ولو اختلفا في قيمته ، إن قائما قوّم للحال وإلا فالقول للمعتق لإنكاره الزيادة ، وكذا لو اختلفا في يساره وإعساره .

(ولو شهد) أي أخبر لعدم قبولها

والكتابة والصلح فإنها بمنزلة السعاية ط (قوله ويرجع بما ضمن) وله أن يحيل الساكت على العبد فيوكله بقبض السعاية اقتضاء من حقه هندية (قوله إن تعدد الشركاء نعم) أي إذا اختار بعضهم السعاية وبعضهم الضمان فلكل منهم ما اختار في قول أبي حنيفة بحر عن البدائع (قوله وإلا لا) أي وإن لم يتعدد الشركاء فليس للساكت أن يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض بحر عن المبسوط . وفي الهندية عن الفقيه أبي الليث أنه لارواية في ذلك ، فلقائل أن يقول له ذلك ،ولقائل أن يقول ليس له ذلك (قوله ومتى اختار أمرا تعين) واختياره أن يقول اخترت أن أضمنك ،أو يقول أعطني حقي . أما إذا اختار بالقلب فليس بشيء ط عن النهاية (قوله إلا السعاية فله الإعتاق) الظاهر أن الكتابة والتدبير والصلح مثل السعاية ط (قوله ولو باعه) أي ولو باع الساكت لشريكه المعتق لم يجز استحسانا ، لأنه ليس محلا للتمليك وإنما يملك بالضمان ضرورة .

قلت : فلو فعل ذلك هل يترتب عليه موجبه حتى لو أعتقه صح أو يكون لغوا ، فلو أعتقه الساكت صح وصار الولاء لهما؟ الظاهر الثاني مقدسي (قوله لأنه كمكاتب)وعندهما حر مديون (قوله ويساره بكونه مالكا الخ) هذا ظاهر الرواية كما في الفتح ، واقتصر عليه في الهداية ، واختار بعض المشايخ يسار الغني المحرّم للصدقة ، والأول أصح كما في المجتبى (قوله يوم الإعتاق) مرتبط بقوله مالكا وبقوله قيمة ، فلو أعتق وهو موسر ثم أعسر فلشريكه حق التضمين وبعكسه لا ، ولو كان العبد يوم العتق أعمى فانجلى بياض عينيه تجب قيمته أعمى ،وعكسه في عكسه كما في الفتح (قوله سوى ملبوسه الخ) قال في الفتح : وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن . قال في البحر :والذي يظهر أن استثناء الكفاف لابد منه على ظاهر الرواية ، ولذا اقتصر عليه في المحيط وصححه في المجتبى اهـ (قوله إن قائما قوّم للحال) هذا إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى وإلا ينظر إلى قيمته يوم ظهر العتق ،لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات حدوثه كذا في الفتح (قوله وإلا) بأن كان العبد هالكا ، فالقول للمعتق لتعذر معرفة قيمته بالعيان بتغير أوصافه بالموت والساكت يدعي الزيادة والمعتق ينكر فيكون القول له ، وتمامه في البحر (قوله وكذا) أي يكون القول للمعتق إذا كان العتق متقدما على يوم الخصومة في مدة تختلف فيها اليسار والإعسار وإلا فيعتبر للحال ، فإن علم يساره في الحال فلا معنى للاختلاف ، وإن لم يعلم فالقول للمعتق بحر . وبه علم أن القول للمعتق عند الجهالة ، ولم يقيد بذلك لأنه لامعنى للاختلاف عند العلم كما علمت فافهم ، ولم يذكر مسألة ما إذا مات العبد أو المعتق أو الشريك قبل أن يختار شيئا ، وهي مبسوطة في البحر والفتح(قوله لعدم قبولها) علة لتفسير الشهادة بالإخبار ، وقوله لجرّهم مغنما علة للعلة ، وأشار إلى أن العلة ليست كونها شهادة فرد ، إذ لايطرد لو كانوا جماعة فشهد كل اثنين منهما (١) على آخر فإنها لاتقبل أيضا لأنهما يثبتان لأنفسهما حق التضمين . زاد في الفتح : أو يشهدان لعبدهما ، وإنما أثبتنا السعاية باعتراف كل منهما على نفسه

---

(١) (قوله منهما) كذا بخطه بضمير التثنية ، ولعل الصواب منها أو منهم : أي الجماعة ، فتأمل اهـ مصححه .

وإن تعددوا لجرهم مغنما بدائع (كل من الشريكين بعتق الآخر) حظه وأنكر كل (سعى لهما) مالم يحلفهما القاضى فحينئذ يسترق أو يسعى (فى حظهما) ولو نكل أحدهما صار معترفا فلا سعاية ، ولو مات قبل أن يتفقا فلبيت المال بحر (مطلقا) ولو موسرين أو مختلفين (والولاء لهما) وقال يسعى للمعسرين لا للموسرين (ولو تخالفا يسارا يسعى للموسر لا لضده) وهو المعسر ، والولاء موقوف فى الكل حتى يتصادقا ، كذا فى البحر والملتقى وعامة الكتب .

قلت : ففى المتن خلل لايخفى فتنبه . ثم رأيت شيخنا الرملى نبه على ذلك كذلك ، فلله الحمد .

[فرع] قال أحد شريكين للآخر : بعث منك نصيبى ، وإن لم أكن بعته منك فهو حر . وقال الآخر :

بحرمة استرقاقه ضمنا لشهادته فتعين السعاية اه (قوله كل من الشريكين) قيد اتفاقى ، إذ لو شهد أحدهما على صاحبه أنه أعتقه وأنكره الآخر فالحكم كذلك بحر ونهر (قوله وأنكر كل) فلو اعترفا أنهما أعتقا معا أو على التعاقب وجب أن لايضمن كل الآخر إن كانا موسرين ، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما ، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة ، فإنه إن نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا فتح (قوله مالم يحلفهما القاضى الخ) أشار إلى أن ماذكره المصنف تبعا لغيره من لزوم استسعاء كل منهما للعبد ، إنما هو فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر ، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه أو نصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضى لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لايسترق ، لأن كلا يقول إن صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل استسعاؤه ، وإن اعترفا أو أحدهما فقد مر آنفا فتح .

والحاصل أنهما إن حلفا لايسترق بل يسعى لهما ، وإن اعترفا لايسترق ولا يسعى ، ومثله ما لو نكلا لأن النكول اعتراف وبذل كما مر ، وعلى هذا فقول الشارح فحينئذ يسترق أو يسعى صوابه لايسترق أو ولا يسعى أى لايسترق إن حلفا ، ولا يسترق ولا يسعى إن اعترفا أو نكلا (قوله ولو نكل أحدهما) أى وحلف الآخر ، إذ لو نكل أيضا صارا معترفين وقد مر (قوله فلا سعاية) أى على العبد للمعترف وعليه السعاية للحالف ح (قوله ولو مات قبل أن يتفقا) يعنى لو مات العبد قبل أن يتفقا على إعتاق أحدهما فولاؤه لبيت المال .

واعلم أن وضع هذه الجملة فى هذا الموضع غلط لأنه يقتضى أن الولاء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى موقوف وليس كذلك ، وموضعها بعد قوله حتى يتصادقا كما فعل فى البحر والفتح وغيرهما لأنها من تتمة كلام الصاحبين ح (قوله أو مختلفين) صرح به وإن فهم مما قبله تمهيدا للاعتراض الآتى ولأنه منشأ الوهم فى كلام المصنف فافهم (قوله والولاء لهما) لأن كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبى عليه بإعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبى بالسعاية وولاؤه لى وهو عبد ما دام يسعى كالمكاتب بحر ط (قوله ولو تخالفا الخ) عطف على قوله يسعى للمعسرين (قوله يسعى للموسر) لأنه لا يدعى الضمان على صاحبه لإعساره ، وإنما يدعى عليه السعاية ، فلا يبرأ عنها ولا يسعى للمعسر لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية ح عن البحر (قوله والولاء موقوف) أى عندهما فى الكل : أى فى يسارهما وإعسارهما واختلافهما ، لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه ويتبرأ عنه كذا فى البحر ح (قوله حتى يتصادقا) أى يتفقا على إعتاق أحدهما ، فلو مات قبل أن يتفقا وجب أن يأخذه بيت المال كذا فى البحر (قوله كذا فى البحر الخ) الإشارة راجعة إلى ما قرره من مذهب الإمام ومذهب الصاحبين (قوله ففى المتن خلل) هو قوله ولو تخالفا يسارا الخ ، حيث أوهم أنها من كلام أبى حنيفة مع أنها منافية لقوله مطلقا ، والشارح أصلح المتن بقوله وقالا يسعى للمعسرين لا للموسرين ، وجعل قوله ولو تخالفا الخ من تتمة كلام الصاحبين ح (قوله نبه على ذلك) أى نبه فى حاشيته على المنح على هذا الخلل كذلك أى كما فهمه الشارح .

ما اشتريته وإن كنت اشتريته منك فهو حر فالقول لمنكر الشراء بيمينه ، فإن حلف ولا بينة للبائع عتق بلا سعاية لمدعى البيع ، بل للآخر فى حظه بكل حال ، وكذا عندهما لو البائع معسرا ، ولو موسرا لم يسع لأحد فى الأصح ولو (علق أحدهما عتقه بفعل غدا) مثلا ، كإن دخل فلان الدار غدا فأنت حر (وعكس) الشريك (الآخر) فقال إن لم يدخل فمضى الغد (وجهل شرطه) أدخل أم لا (عتق نصفه) لحنث أحدهما بيقين (وسعى فى نصفه لهما) مطلقا والولاء لهما (ولا عتق) والمسألة بحالها (لو حلفا على عبدين كل واحد منهما لأحدهما) لتفاحش الجهالة

(قوله ولا بينة للبائع) أما لو كان له بينة ثبت حنث منكر الشراء ، فيعتق العبد كله عليه ويلزمه ثمن حصة البائع بموجب الشراء لا الإعتاق (قوله عتق بلا سعاية) أما عتقه فلأن كلا منهما يزعم أن شريكه الآخر حانث ، وأما عدم السعاية لمدعى البيع فلأن شريكه لما أنكر الشراء وكان القول قوله لم يثبت بيعه فقد وجد شرط عتق مدعى البيع فكان العتق من جهته فليس له سعاية على العبد ، وأما سعايته لمنكر الشراء فلأنه لم يثبت عتقه لإنكاره ، وإنما ثبت عتق شريكه لكن لم يثبت عتق شريكه إلا بسبب إنكاره فلم يكن له تضمينه لو كان موسرا ، وإن أضيف العتق حقيقة إلى تعليق مدعى البيع فكان المعلق صاحب العلة والمنكر صاحب الشرط والحكم يضاف لعلته ، ولذا لو رجع شهود الزنا وشهود الإحصان يضمن شهود الزنا فقط ، فلما كان إنكاره شرطا للعتق صار له دخل فى عتقه فلا يضمن شريكه ، ولما كان الشريك مباشر العلة أضيف العتق إليه فكان للمنكر استسعاء العبد بكل حال : أى سواء كان البائع موسرا أو معسرا ، هذا ما ظهر لى فى توجيهه .

لكن قد يقال : إنه كان ينبغى أن يسعى فى نصفه لهما لأنه عتق نصفه بيقين لتعليق عتقه على الشراء وعدمه ، فلابد من أن يكون الذى عتق منه حصة أحدهما وهو مجهول ، وكون الذى عتق حصة مدعى البيع غير ظاهر لأنه منكر شرط العتق ، وكون القول لشريكه أنه ما اشترى إنما يظهر بالنسبة لعدم لزوم الثمن ، فيكون القول له فيه والقول للبائع بالنسبة لعدم العتق ، كما لو علق طلاقها على عدم وصول نفقته إليها يوم كذا فادعى الوصول وأنكرت فالقول لها بالنسبة إلى لزوم النفقة ، والقول له بالنسبة إلى عدم الطلاق ، لأن القول لمنكر شرط الحنث وهنا كذلك نعم قيل إن القول للمرأة فى الطلاق أيضا فيمكن أن يكون ما هنا مبنيا عليه فليتأمل (قوله لو البائع معسرا) لأنه عندهما يلزم السعاية عند الإعسار والضمان عند اليسار (قوله لم يسع لأحد) أما للبائع فلأن العتق من جهته ، وأما للشارى فلأن حقه فى التضمين حينئذ دون الاستسعاء كما علمت (قوله فى الأصح) هو رواية أبى حفص . وفى رواية أبى سليمان يسعى لهما عندهم جميعا إن كانا معسرين ، وإن كانا موسرين يسعى لمدعى البيع فى نصف قيمته فقط نهر عن المحيط (قوله ولو علق أحدهما) أى أحد الشريكين فى عبد واحد ط (قوله بفعل) سواء كان فعل أجنبى أو المحلوف بعتقه ط (قوله مثلا) يعنى أن ذكر الغد ليس قيدا ، بل المراد وقت معين لا فرق بين الغد واليوم والأمس بحر ، وكذا ذكر الدخول ط (قوله فقال إن لم يدخل) أى فلان غدا الدار فأنت حر ط (قوله فمضى الغد) أى مع بقاء ملكهما إلى آخر الغد ، أما إذا أخرجه أحدهما عن ملكه قبل الغد بطل تعليقه بمضى الغد ، وينظر فى تعليق الآخر إن علم وقوع شرطه عتق حظه وإلا فلا كما لا يخفى ط (قوله وجهل شرطه) أى شرط العتق وهو الدخول نفيا أو إثباتا ، فلو علم أحدهما ببينة أو إقرار الحالف لا إقرار فلان عمل بمقتضاه (قوله وسعى فى نصفه) هذا عندهما . وقال محمد : يسعى فى جميع قيمته ، لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول نهر (قوله مطلقا) أى موسرين أو معسرين أو مختلفين ح (قوله والمسألة بحالها) أى بأن حلف أحدهما على فعل فلان غدا وعكسه الآخر (قوله كل واحد منهما لأحدهما) أى كل واحد من العبدين بتمامه مملوك لواحد معين من الحالفين (قوله لتفاحش الجهالة) لأن

حتى لو اتحد المالك كأن اشتراهما من علم بحلفهما عتق عليه أحدهما وأمر بالبيان فتح ، أو الحالف بأن (قال عبده حر إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ، ثم قال امرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت) لأنه بكل يمين زعم الحنث فى الأخرى ، بخلاف مالو كانت الأولى بالله ، إذ الغموس لايدخل تحت الحكم ليكذب به بخلاف الأخرى .

(ومن ملك قريبه) بسبب ما (مع) رجل (آخر عتق حظه بلاضمان علم) الشريك (بقرابته أولا)

المجهول هنا شيئان العبد المقضى له بالحرية وبسقوط نصف السعاية عنه ، والحانث المقضى عليه بالعتق ، والمعلوم واحد وهو المقضى به أعنى الحرية وسقوط السعاية ، وفى العبد الواحد بالعكس لأن المقضى له بالحرية والمقضى به معلومان والمجهول واحد وهو الحانث المقضى عليه فيمتنع القضاء عند غلبة الجهالة كما أفاده ح عن الزيلعى (قوله حتى لو اتحد المالك) غاية على مفهوم التقييد بتفاحش الجهالة ، وإنما حكم بعتق أحدهما لأن الجهالة فى المقضى عليه ارتفعت ط (قوله عتق عليه أحدهما) ولا ينافى علمه بحنث أحد المالكين صحة شرائه للعبد لأنه قبل ملكه له غير معتبر ، كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح وإذا صح شراؤه لهما واجتمعا فى ملكه عتق عليه أحدهما لأن علمه معتبر الآن ، ويؤمر بالبيان لأن المقضى عليه معلوم كذا فى الفتح .

قال فى البحر : وهو يفيد أن أحد الحالفين لو اشترى العبد من الحالف الآخر يصح ويعتق عليه ، ويؤمر بالبيان كما لا يخفى . وفى المحيط : هذا إذا علم المشترى بحالها ، فإن لم يعلم فالقاضى يحلفهما ولا يجبر على البيان ما لم تقم البينة على ذلك اهـ (قوله أو الحالف) عطف على المالك فإنه لاجهالة هنا أصلا للعلم بالحانث والمقضى له وهو العبد والمرأة والمقضى به وهو الحرية والطلاق فافهم . والظاهر أن الحكم كذلك لو كانت اليمينان على عبديه .

مطلب فى الفرق بين إن لم يدخل و بين إن لم يكن دخل

(قوله عتق وطلقت) وقيل لايعتق ولا تطلق ، لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده ، وكل منهما يحتمل تحققه وعدمه . قلنا : ذاك فى مثل قوله إن لم يدخل فعبدى حر ، بخلاف إن لم يكن دخل فإنه يستعمل لتحقيق الدخول فى الماضى ردا على المارى فى الدخول وعدمه ، فكان معترفا بالدخول وهو شرط الطلاق فوقع بخلاف إن لم يدخل ليس فيه تحقق وصيغة إن كان دخل ظاهرة لتحقيق عدم الدخول ردا على من تردد فيه فكان معترفا بعدم الدخول وهو شرط وقوع العتق فوقع بخلاف إن دخل فإنه ليس فيه تحقق أصلا ، فقد اشتبه على ذلك القائل تركيب بآخر ، وبه سقط أيضا قول الزيلعى : ينبغى أن يفرق بين التعليق بكائن فيقع لتصور الإقرار فيه وبين غيره لعدمه اهـ من البحر والنهر ، وأصل الجواب للفتح (قوله بخلاف ما لو كانت الأولى بالله) قال ابن بلبان فى باب اليمين : تنقض صاحبتها من أيمان شرح تلخيص الجامع مانصه : لو كانت اليمين الأولى بالله تعالى بأن قال والله مادخل هذه الدار ثم قال عبده حر إن لم يكن دخل لاتلزمه كفارة ولاعتق ، لأنه إن كان صادقا فلا كفارة ، وإن كان متعمدا للكذب فهو الغموس والغموس ليس مما يدخل تحت حكم الحاكم ليكون الحكم إكذابا لليمين الأخرى اهـ وقد تقدمت هذه المسألة قبيل طلاق المريض ، ونبهنا هناك على غلط الشارح فى تصويرها ح (قوله ومن ملك قريبه) أى من يعتق عليه (قوله بسبب ما) أى بشراء أوهبة أوصدقة أو إرث نهر . وصورة الإرث : امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت عن زوجها وعن أخيها ، وكذلك إذا كان لرجلين ابن عم ولابن العم جارية تزوجها أحدهما فولدت ولدا ثم مات ابن العم جوهرة (قوله مع رجل آخر) أى بعقد واحد قبلا جميعا قاله الإتقانى . ويوضح هذا القيد المسألة الآتية حموى عن شرح ابن الجلبى ، والمراد بالمسألة الآتية قوله وإن اشترى بعضه أجنبى أبو السعود (قوله بلا ضمان) أى لقيمة نصيب شريكه لو موسرا نهر (قوله علم الشريك) أى الأجنبى ، والضمير فى بقرابته للشريك القريب ط

على الظاهر ، لأن الحكم يدار على السبب (ولشريكه أن يعتق أو يستسعى) أما لو ملك مستولدته بالنكاح مع آخر فيضمن حظ شريكه لكونه ضمان تملك (وإن اشترى نصفه أجنبى ثم القريب باقيه فله أن يضمن المشترى) موسرا (أو يستسعى) العبد ، هذه ساقطة من نسخ الشارح (وإن اشترى نصف قريبه ممن يملكه) كله (لا يضمن لبائعه مطلقا) لمشاركته فى العلة ، وقيد بملكه لأنه (لو اشتراه من أحد الشريكين لزمه الضمان) إجماعا (للشريك الذى لم يبع لو) المشترى (موسرا . عبد بين ثلاثة دبره واحد و) بعده (أعتقه آخر وهما موسران ضمن الساكت) الذى لم يدبر ولم يحرر (مدبره) إن شاء ثلث قيمته قنا ورجع بها على العبد (لا معتقه) لأن التدبير ضمان معاوضة

(قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية وهو مرتبط بقوله بسبب مّا وبقوله علم الشريك بقرابته أولا وهذا قول الإمام . وقالا : يضمن فى غير الإرث نصف قيمته إن كان موسرا ، وإن كان معسرا يسعى العبد فى نصف قيمته لشريك قريبه المشترى ، كذا فى مسكين ط (قوله لأن الحكم) هو الضمان أو عدمه يدار على السبب وهو التعدى أو عدمه وقد عدم التعدى هنا ط كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه بحر (قوله أما لو ملك مستولدته) ولو بالإرث بحر ، وقوله بالنكاح متعلق بقوله مستولدته ط (قوله لكونه ضمان تملك) أى فلا يختلف باليسار والإعسار اهـ ح . ولو قال الشارح فيضمن حظ شريكه ولو كان معسرا لكان أولى ليفيد أن هذه العلة للإطلاق ط (قوله فله) أى للأجنبى أن يضمن المشترى لوجود التعدى ، ولو أبدل المشترى بالقريب لكان أوضح ط (قوله أو يستسعى العبد) لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده خلافا لهما (قوله هذه ساقطة) أى جملة قوله وإن اشترى نصفه أجنبى الخ سقطت من نسخة المتن التى شرحها المصنف ط (قوله لا يضمن لبائعه) وحينئذ فالبائع إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى بحر (قوله مطلقا) أى موسرا كان أو معسرا . وقالا : لو موسرا يجب عليه الضمان بحر (قوله لمشاركته) فإن علة دخول المبيع فى ملك المشترى الإيجاب والقبول وقد تشاركا فيه نهر (قوله لزمه الضمان) أى لزم المشترى ضمان حصة الشريك الذى لم يبع لأنه لم يشاركه فى العلة ، فلا يبطل حقه بفعل غيره ولا يضمن البائع شيئا بحر ط (قوله لو موسرا) فلو معسرا سعى العبد بالإجماع هندية ط (قوله وبعده أعتقه آخر) أى قبل الضمان ، أما لو أعتقه بعد تضمين الساكت المدبر ضمن المدبر المعتق ثلث قيمته قنا ، لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت ، وإنما ضمنه الثلث الذى ضمنه للساكت قنا لبقائه قنا على ملكه ، فإن التدبير يتجزأ ، وثلثا الولاء للمدبر ، وثلثه للمعتق ، لأن ضمان المعتق ضمان جناية لا ضمان تمليك ح عن البحر (قوله وهما موسران) أما لو كان المدبر معسرا فللمدبر الاستسعاء دون التضمين ، وكذا المعتق لو كان معسرا فللمدبر الاستسعاء دون تضمين المعتق بحر (قوله إن شاء) وإن شاء دبر نصيبه أو استسعى العبد فى نصيبه أو أعتقه أو كاتبه أو تركه على حاله ، لأن نصيبه باق على ملكه ، فاسد بإفساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع بالبيع ونحوه ح عن الزيلعى (قوله ورجع بها) أى بثلث قيمته وأنث الضمير لاكتساب المضاف التأنيث من المضاف إليه كما فى قطعت بعض أصابعى (قوله لأن التدبير الخ) على حذف مضاف : أى ضمان التدبير .

والحاصل أن التدبير لما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيب المدبر وفسد به نصيب الآخرين حيث امتنع بيعه وهبته ، فلكل منهما الخيارات المارة ، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر وإعتاق المعتق ، غير أن له تضمين المدبر ليكون ضمان معاوضة إذ هو الأصل فى المضمونات عندنا لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير لكونه قنا وقته ، ولا يمكن ذلك فى الإعتاق لأجل التدبير لأنه لا يقبل النقل المذكور ، ولهذا يضمن المدبر ، وهذا عنده . وعندهما صار العبد كله مدبرا وإعتاق المعتق باطل ، ويضمن لشريكيه

وهو الأصل (و) ضمن (المدبر معتقه ثلثه مدبرا لاما ضمنه) المدبر من ثلثه قنا لنقصه بتدبيره ، وسيجيء أن قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا (والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا : ثلثاه للمدبر ، وما بقى للمعتق) لعتقه هكذا على ملكهما

(ولو قال هى أم ولد شريكى وأنكر) شريكه ، ولا بينة (تخدمه يوما وتتوقف) بلا خدمة (يوما) عملا بإقراره ، ونفقتها فى كسبها وإلا فعلى المنكر ، وجنايتها موقوفة .

ثلثى قيمته موسرا كان أو معسرا لأن التدبير لا يتجزأ عندهما وتمامه فى الزيلعى (قوله لنقصه بتدبيره) علة لتضمينه المعتق ثلثه مدبرا فكان الأولى ذكره عقبه فإن المعتق أفسد على المدبر نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقدر المتلف زيلعى وأما علة عدم تضمينه المعتق ثلثه قنا وهو ماملكه المدبر من جهة الساكت فهى إن ملكه ثبت مستندا : أى إلى ماقبل الإعتاق فكان ثابتا من وجه غير ثابت من وجه فلا يظهر فى حق التضمين ولهذا قلنا لو أعتقه بعد تضمين الساكت المدبر كان للمدبر تضمين المعتق ثلث قيمته قنا مع ثلثه مدبرا لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته وتمامه فى الفتح .

والحاصل أن المدبر يرجع على المعتق بما كان له قبل الإعتاق ، فإن كان الساكت ضمنه قيمة ثلثه صار للمدبر الثلثان قبل الإعتاق ثلث مدبر وثلث قن فيرجع بقيمتهما على المعتق ، وإن لم يكن ضمن للساكت شيئا حتى أعتق الآخر يرجع المدبر بما ضمنه للساكت على العبد كما مر ، ويرجع بقيمة ثلثه المدبر على المعتق (قوله وسيجيء) أى فى المتن آخر باب التدبير . قال فى البحر : فلو كانت قيمته قنا سبعا وعشرين دينارا ضمن : أى المعتق للمدبر ستة دنانير ، لأن ثلثيها وهو قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة ، والمدبر يضمن للساكت تسعة (قوله أثلاثا) هذا قول الإمام . وعلى قولهما الولاء كله للمدبر كما فى الهداية ، وقد أهمل الشراح التنبيه على ذلك أبو السعود (قوله لعتقه هكذا على ملكهما) فإن أحد الثلثين كان للمدبر أصالة والآخر تملكه بأداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء ، بخلاف المعتق فإنه وإن كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له إلا ثلث الولاء ، لأن ضمانه ضمان إفساد لا ضمان تملك ومعاوضة ، لما ذكرنا من أن المدبر غير قابل للنقل وحين أعتقه كان مدبرا ، ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم أثلاثا لكل ثلثه فتح (قوله وأنكر شريكه) فلو صدقه كانت أم ولد له ولزمه نصف قيمتها ونصف عقرها كالأمة المشتركة إذا أتت بولد فادعاه أحدهما كما سيأتى بحر (قوله ولا بينة) أما لو كانت له بينة فهو كما لو صدقه (قوله تخدمه) أى المنكر (قوله بلا خدمة) أى لا تخدم أحدا ، ولا سعاية عليها للمنكر ولا للمقر لأنه يتبرأ منها ويدعى الضمان على شريكه وهذا عند أبى حنيفة وهو قول الثانى آخرا كما فى الأصل . وقال محمد : ليس للمنكر إلا الاستسعاء فى نصف قيمتها نهر (قوله ونفقتها فى كسبها) قال فى الفتح : وفى المختلف فى باب محمد أن نفقتها فى كسبها ، فإن لم يكن لها كسب فعلى المنكر ولم يذكر خلافا فى النفقة . وقال غيره : نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها ، فإن لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لأن نصف الجارية للمنكر : وهذا اللائق بقول أبى حنيفة اهـ . قال فى النهر ونسبه العينى إليه (قوله وجنايتها موقوفة) أى إلى تصديق أحدهما صاحبه فتح ، ولم يفصل بين جنايتها والجناية عليه . وفى النهر عن المحيط : والجناية عليها موقوفة فى نصيب المقر دون المنكر فيأخذ نصف الأرش ، وأما جنايتها فقيل هى كذلك . والصحيح أنها موقوفة فى حقها لأنه تعذر إيجابها فى نصيب المنكر عليه لعجزه عن دفعها لها من غير صنع منه فلا تلزمه الفدية ، فوجب التوقف فى نصيبه ضرورة كالمقر ، بخلاف الجناية عليها لأنه أمكن دفع نصف الأرش إلى المنكر اهـ .

(ولا قيمة لأم ولد) إلا لضرورة إسلام أم ولد النصرانى وقوّماها بثلث قيمتها قنة (فلا يضمن غنى أعتقها مشتركة) بأن ولدت فادعياه وصارت أم ولد لهما فأعتقها أحدهما لم يضمن ، وكذا لو ولدت فادعاه أحدهما ثبت نسبه ولا ضمان ولا سعاية ، خلافا لهما (و) إنما (تضمن بالجناية) إجماعا (فلو قربها إلى سبع فافترسها ضمن) لأنه ضمان جناية لاضمان غصب ، ولذا يضمن الصبى الحر بمثله زيلعى .

(ولو قال لعبدين عنده من ثلاثة أعبد له أحدكما حر فخرج واحد ودخل آخر فأعاد) قوله أحدكما حر ، فما دام حيا يؤمر بالبيان .

مطلب أم الولد لاقيمة لها خلافا لهما

(قوله إلا لضرورة إسلام أم ولد النصرانى) فإنها تسعى فى قيمتها وهو ثلث قيمتها قنة كما يأتى فى الاستيلاد لأنه يعتقد تقومها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون وحكمنا بكتابتها عليه دفعا للضرر عنها، إذلايمكن بقاؤها مملوكة له ولا إخراجها مجانا ط عن الزيلعى (قوله وقوّماها) أى قالا لها قيمة وهى ثلث قيمتها قنة (قوله فلا يضمن غنى الخ) تفريع على مامهده به يظهر أثر الخلاف ، وقيد بالغنى لأنه محل الخلاف ، أما المعسر فلا يضمن اتفاقا بل تسعى عندهما للساكت فى نصف قيمتها (قوله فأعتقها أحدهما الخ) أى أعتق نصيبه ، فإنه يعتق كلها ، ولا سعاية عليها ، ولا ضمان على المعتق عند أبى حنيفة خانية . وبه علم أن عتق أم الولد لا يتجزأ لأنه عتق كلها بعتق بعضها اتفاقا كما سيأتى فى بابها (قوله وكذا لو ولدت) أى ولدا آخر بعد الولد المشترك ط (قوله ولاضمان) أى لايضمن لشريكه قيمة الولد عنده ، لأن ولد أم الولد كأمه فلا يكون متقوما عنده بحر عن الكافى ، وقوله ولا سعاية: أى على الولد ولا على أمه (قوله خلافا لهما) فعندهما يضمن الموسر فى المسألتين ، ولو معسرا تسعى الأم فى الأولى والولد فى الثانية .

[تنبيه] زعم الزيلعى أن ماهنا مخالف لما سيأتى فى الاستيلاد ، من أنه لو ادعى ولد أمة مشتركة ثبت نسبه منه وهى أم ولده وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لاقيمة ولدها، ولم يذكروا خلافا فيه ، فإذا لم يضمن ولد القنة فكيف يضمن عندهما ولد أم ولده مع أنه لم يعلق شئ منه على ملك الشريك. وأجاب فى البحر بأنه لم يضمن ولد القنة لأنه ملكها بالضمان فتبين أنه علق على ملكه فلا يغرمه ، بخلاف ولد أم الولد لأنها لاتقبل النقل فلم يكن الاستيلاد فى ملكه التام فيضمن نصيب شريكه ، وتمامه فيه (قوله وإنما تضمن بالجناية إجماعا) أى بثلث قيمتها قنة ط . واحترز بالجناية عن الغصب فإنه على الخلاف ، فلا تضمن به عنده لو ماتت خلافا لهما كما فى النهر (قوله لأنه ضمان) كما لوقتلها حيث يضمن بالاتفاق فتح (قوله ولذا يضمن الصبى الحر بمثله) أى بمثل هذا الفعل فإنه لو قربه رجل إلى سبع فافترسه يضمن الرجل ديته مع أنه حر لاقيمة له أصلا فأم الولد بالأولى، فليس التقييد بالحر للاحتراز عن المملوك بل لكون الحر أشبه أم الولد فى عدم التقوم فافهم (قوله عنده) أى حصرا عنده ط (قوله يؤمر بالبيان) فإن بدأ ببيان الإيجاب الأول ، فإن عنى به الخارج عتق الخارج بالإيجاب الأول ، وتبين أن الإيجاب الثانى بين الثابت والداخل وقع صحيحا لوقوعه بين عبدين فيؤمر بالبيان لهذا الإيجاب، وإن عنى بالإيجاب الأول الثابت عتق الثابت بالإيجاب الأول وتبين أن الإيجاب الثانى وقع لغوا لوقوعه بين حر وعبد فى ظاهر الرواية وإن بدأ ببيان الإيجاب الثانى ، فإن عنى به الداخل عتق الداخل بالإيجاب الثانى وبقى الإيجاب الأول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان ، وإن عنى به الثابت عتق الثابت بالإيجاب الثانى وعتق الخارج بالإيجاب الأول لتعينه

(و) إن (مات بلا بيان عتق مما ثبت ثلاثة أرباعه) نصفه بالأول ونصف نصفه بالثانى (و) عتق (من كل من غيره نصفه) لثبوته بطريق التوزيع والضرورة فلم يتعد (وإن صدر ذلك) المذكور (منه فى مرضه) وضاق الثلث عنهم (ولم يجزه الورثة) وقيمتهم سواء (قسم الثلث بينهم كما مر ، بأن جعل كل عبد سبعة) أسهم (كسهام العتق) لاحتياجنا إلى مخرج له نصف وربع وأقله أربعة ، فتعول لسبعة وهى ثلث المال (وعتق ممن ثبت ثلاثة) من سبعة وسعى فى أربعة (و) عتق (من كل من غيره سهمان) وسعى فى خمسة ، فبلغ سهام السعاية أربعة عشر وسهام الوصايا سبعة لنفاذها من الثلث .

للعتق بإعتاق الثابت كذا فى البحر ح (قوله وإن مات) أى السيد ، أما لو مات أحد العبيد قبل البيان فالموت بيان ، فإن مات الخارج عتق الثابت بالإيجاب الأول لزوال المزاحم وبطل الإيجاب الثانى ، وإن مات الثابت تعين الخارج بالإيجاب الأول والداخل بالإيجاب الثانى ، وإن مات الداخل خير فى الإيجاب الأول ، فإن عنى به الخارج تعين الثابت بالإيجاب الثانى ، وإن عنى به الثابت بطل الإيجاب الثانى ، كذا فى التاترخانية ، ومثله فى المعراج والعناية وفتح القدير وغرر الأذكار وغيرها ، فما فى البحر تبعا للبدائع من قوله فى الصورة الأخيرة ، فإن عنى به الخارج عتق بالإيجاب الأول وبقى الإيجاب الثانى بين الداخل والثابت فيؤمر بالبيان الخ مشكل ، فإن الموت بيان فوت الداخل يقتضى تعين الثابت بالإيجاب الثانى فلعله تحريف أو سبق قلم فافهم (قوله عتق ممن ثبت ثلاثة أرباعه ومن كل من غيره نصفه) الخارج ، فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت فأوجب عتق رقبة بينهما فيصيب كلا منهما النصف ، إذ لامرجح ، وكذا الإيجاب الثانى بينه وبين الداخل غير أن نصف الثابت شاع فى نصفيه ، فما أصاب منه المستحق بالأول لغا ، وما أصاب الفارغ من العتق عتق فتم له ثلاثة الأرباع ، ولامعارض لنصف الداخل فعتق نصفه عندهما . وقال محمد : يعتق ربعه ، لأنه إن أريد بالإيجاب الأول الخارج صح الثانى وإن أريد الثابت بطل ، فدار بين أن يوجب أولا فيتنصف فيعتق نصف رقبة بينهما نهر (قوله لثبوته الخ) جواب عما يقال هذا ظاهر عند الإمام لتجزى العتق عنده ، أما عندهما فلا لعدم تجزيه . والجواب أن قولهما بعدم التجزى إذا وقع فى محل معلوم ، أما إذا كان الحكم بثبوته للضرورة وهى متضمنة لإنقسامه انقسم للضرورة وهى لا تتعدى موضعها .

والحاصل أن عدم التجزى عند الإمكان والانقسام ضرورى ، كذا فى الفتح . ثم ذكر فيه إيرادا قويا لبعض الطلبة ، ونقله ح فراجعه ، وذكره أيضا فى البحر والنهر (قوله وضاق الثلث عنهم الخ) أما لو خرجوا من الثلث أو أجاز الورثة فحكم المرض كالصحة (قوله وقيمتهم سواء) ليس هذا القيد لازما حكما شرنبلالية (قوله كما مر) أى على ثلاثة أرباع الثابت ونصفى الداخل والخارج (قوله بأن جعل الخ) بيانه أن حق الخارج فى النصف وحق الثابت فى ثلاثة الأرباع وحق الداخل عندهما فى النصف أيضا ، فيحتاج إلى مخرج له نصف وربع وأقله أربعة فتعول إلى سبعة ، فحق الخارج فى سهمين وحق الثابت فى ثلاثة وحق الداخل فى سهمين فبلغت سهام العتق سبعة ، فيجعل ثلث المال سبعة لأن العتق فى المرض وصية ، ويصير ثلثا المال أربعة عشر هى سهام السعاية وصار جميع المال أحدا وعشرين وماله ثلاثة أعبد ، فيصير كل عبد سبعة ، فيعتق من الخارج سهمان ويسعى فى خمسة وكذا الداخل ، ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى أربعة فبلغ سهام الوصايا سبعة ، وسهام السعاية أربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان ، وتمامه فى الدرر . قال السائحانى : فإن لم تستو قيمتهم بأن كانت قيمة الثابت أحدا وعشرين والخارج أربعة عشر والداخل سبعة فالمال اثنان وأربعون وثلثه أربعة عشر ، وسهام الوصية سبعة

(وإن طلق) نسوته الثلاث (كذلك) ومهرهن سواء (قبل وطء) ليفيد البينونة (سقط ربع مهر من خرجت وثلاثة أثمان من ثبتت وثمن من دخلت) لأن بالإيجاب الأول سقط نصف مهر الواحدة منصفا بين الخارجة والثابتة فسقط ربع كل ، ثم بالإيجاب الثانى سقط الربع منصفا بين الثابتة والداخلة .

(وأما الميراث) لهن من ربع أو ثمن (فللداخلة نصفه) لأنه لايزاحمها إلا الثابتة (والنصف الآخر بين الخارجة والثابتة نصفان) لعدم المرجح (وعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة احتياطا) لا الطلاق لعدم الدخول (والوطء والموت بيان فى طلاق) بائن (مبهم) كقوله لامرأتيه إحداكما بائن فوطئ إحداهما أو ماتت كان بيانا للأخرى ،

فيوضع عن الثابت ستة وعن الخارج أربعة وكذا عن الداخل ، ويسعى الثابت فى خمسة عشر والخارج فى عشرة والداخل فى ثلاثة ، فسهام السعاية ثمانية وعشرون (قوله ومهرهن سواء) هذا القيد ليس لازما أيضا كما فى الشرنبلالية (قوله ليفيد البينونة) قال فى المنح : وإنما فرضت المسألة فى الطلاق قبل الوطء ليكون الإيجاب الأول موجبا للبينونة ، فما أصاب الإيجاب الأول لايبقى محلا للإيجاب الثانى ، فيصير فى هذا المعنى كالعتق اهح (قوله ثم بالإيجاب الثانى سقط الربع الخ) قيل هذا قول محمد . وعندهما يسقط ربع مهر الداخلة كما فى العتق . والمختار أنه بالاتفاق كما فى الملتقى وغيره . والفرق لهما كما فى العناية هو أن الثابت فى العتق بمنزلة المكاتب لأنه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه ، فإذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثانى صحيحا من وجه لأنه دار بين المكاتب والعبد إلا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا ، فأما الثابتة فى الطلاق فمترددة بين أن تكون منكوحة أو أجنبية لأن الخارجة إن كانت المرادة بالإيجاب الأول كانت الثابتة منكوحة ، فيصح الإيجاب الثانى فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن اه (قوله من ربع) أى إن لم يكن فرع وارث ، وقوله أو ثمن : أى إن كان فرع وارث ط (قوله لأنه لا يزاحمها إلا الثابتة) أى لا يشاركها فى الزوجية .

واعلم أنه لم يزاحم الداخلة إلا إحدى الأوليين غير معينة والأخرى مطلقة بيقين ، فاستحقت الداخلة النصف وتنصف النصف الآخر بين الخارجة والثابتة ، فالأولى أن يقول لأنه لايزاحمها إلا واحدة : أى غير معينة طملخصا من ح (قوله احتياطا) فى أمر الفروج وهى مما يجب الاحتياط فيها ط عن المصنف (قوله لا الطلاق) أى لاعدة الطلاق لعدم الدخول بهن ، والعدة فى الطلاق إنما تجب بعد الدخول ط والمراد بالدخول الشامل للخلوة الصحيحة (قوله فى طلاق بائن) بأن كان قبل الدخول أو بعده فقال طالق بائن أو ثلاثا فتح . ثم قال : وإنما قيدنا به ، لأنه لو كان رجعيا لايكون الوطء بيانا لطلاق الأخرى لأنه يحل وطء المطلقة الرجعية اه . وأما بالنسبة إلى الموت فهو غير قيد لأن الطلاق مطلقا لايقع على الميتة فتعينت الأخرى (قوله قيل الخ) قال فى الفتح : وهل يثبت البيان فى الطلاق بالمقدمات؟ فى الزيادات لايثبت . وقال الكرخى : يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء اه (قوله لا الطلاق) قال فى البحر : قيد بالوطء والموت ، لأنه لو طلق إحداهما ينبغى أن لا يكون بيانا لأن المطلقة يقع الطلاق عليها مادامت فى العدة فلا يدل على أن الأخرى هى المطلقة اه وفيه إجمال .

والتفصيل أن يقال : إن كان الطلاق المبهم رجعيا لايكون طلاق المعينة بيانا رجعيا كان أو بائنا ؛ وإن كان بائنا ، فإن كان طلاق المعينة رجعيا فكذلك ، وإن كان بائنا كان بيانا لما علم من أن البائن لايلحق البائن ح .

قلت : ويشير إلى هذا قول القهستانى : ولو طلق طلقة واحدة فهل هو بيان قبل مدة صالحة لانقضاء العدة ؟

قيل وكذا التقبيل لا الطلاق ، وهل التهديد بالطلاق كالطلاق كالعرض على البيع كالبيع ؟ لم أره (كبيع) ولو فاسدا (وموت) ولو بقتل العبد نفسه (وتحرير) ولو معلقا (وتدبير) ولو مقيدا (واستيلاد) وكذا كل تصرف لايصح إلا فى الملك ككتابة وإجارة وإيصاء وتزويج ورهن (وهبة وصدقة)

وينبغى أن يكون بيانا لأن الطلاق الرجعى لايحرم الوطء اه . وأفاد بقوله قبل مدة الخ إلى زيادة قيد آخر (قوله وهل التهديد بالطلاق كالطلاق) لامعنى لهذا البحث بالنسبة لما قاله من أن الطلاق لايكون بيانا لأن الطلاق إذا لم يكن بيانا وهو أقوى فلأن لايكون التهديد بيانا وهو أدنى أولى ، نعم لو كان كل من المبهم والمعين بائنا لكان له وجه كما هو ظاهر ح .

قلت : قد يجاب بأن الطلاق إنما لم يكن بيانا لإمكان وقوعه على المطلقة كما علمت ، أما التهديد فإنما يكون بغير الحاصل ، إذ لو كان المهدد به حاصلا لم يكن للتهديد به معنى ، فعلم بالتهديد أن المطلقة غيرها إلا أنه قد يقال يجوز أن يكون تهديدا بطلاق آخر ، لكنه خلاف المتبادر ، فظهر أن تردد الشارح فى محله فافهم (قوله كالعرض على البيع كالبيع) فى بعض النسخ والعرض بالواو عطفا على التهديد ، والصواب الكاف لأنه لايناسبه قوله لم أره فإن كون العرض على البيع بيانا فى العتق المبهم كالبيع مشهور فإنه صرح به فى متن الملتقى الذى شرحه ؛ وكذا فى البحر والنهر والقهستانى وشرح المجمع وغيرها ، وهذه الكتب مآخذ شرحه ، فكيف يقول لم أره ؟ وحينئذ فوجه الشبه أن التهديد بالطلاق فى معنى عرض الطلاق عليها ، لأن قوله أطلقك إن فعلت كذا بمنزلة قوله أبيع عبدى هذا (قوله كبيع الخ) ابتداء كلام لتشبيه البيع وما عطف عليه بما مر من كون كل من المذكورات بيانا فى عتق مبهم ، فإنه لو قال أحدكما حر ثم باع عبدا معينا منهما لم يبق محلا للعتق من جهته فتعين الآخر للعتق ، وقوله ولو فاسدا شمل ما كان معه قبض أو لا وما كان مطلقا أو بشرط خيار كما فى القهستانى وغيره . قال فى النهر : وظاهر أنه لو باعهما معا لم يكن بيانا لبطلان البيع لأن أحدهما حر بيقين اه .

قلت : التعليل ببطلان البيع غير مفيد ، لما علمت من أن العرض على البيع كالبيع وكذا المساومة ، وليس فى ذلك بيع أصلا بل الأولى التعليل بأنه لم يخص أحدهما بتصرف يدل على تعين الآخر للعتق (قوله وموت) أى موت أحد العبدين لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا ، وقوله ولو بقتل العبد نفسه بحث لصاحب النهر أخذا من الإطلاق فإنه مثل ما لو قتله أجنبى ، أما لو قتله المولى فظاهر كونه بيانا لأنه بفعله . قال فى النهر : وإذا أخذ المولى القيمة من الأجنبى القاتل فبين العتق فى المقتول عتقا وكانت القيمة لورثة المقتول اه أى لإقرار المولى بحريته فلا يستحقها بحر . واحترز بالموت عن قطع اليد فإنه لايكون بيانا ، غير أن المولى إن بين العتق فيه فالأرش له فيما ذكر القدورى .
وقال الإسبيجابى : للمجنى عليه نهر (قوله وتحرير) المراد به إنشاؤه فيعتق ، هذا بالإعتاق المستأنف وذاك باللفظ السابق . ولو ادعى أنه عنى بقوله أعتقتك ما لزمه بقوله أحدكما حر صدق قضاء ، ولو لم يقل شيئا عتقا بحر ونهر (قوله ولو معلقا) كأن قال لأحدهما إن دخلت الدار فأنت حر يعتق الآخر بحر : أى يتعين للعتق الأول ، وكذا المضاف كأنت حر غدا . قال ط : لأنه أقوى لتحقق مجىء الزمان ، بخلاف دخول الدار اه . قلت : ولانعقاده علة فى الحال ، بخلاف المعلق (قوله وتدبير) لأن فيه إبقاء الانتفاع إلى موته أو إلى ما قيده به ، وكذا الاستيلاد ، وذلك يعين إرادة العبد الآخر بالعتق المبهم (قوله وإجارة) قال الزيلعى : ولا يقال الإجارة لاتختص بالملك لجواز إجارة الحر . لأنا نقول : الاستبداد بإجارة الأعيان على وجه يستحق الأجر لايكون إلا بالملك فتكون تعيينا دلالة وهكذا تقول فى الإنكاح اهـ (قوله وإيصاء) أى إيصاء به بحر لأنه تمليك بعد الموت للموصى له (قوله ورهن) لأن استبداده به على وجه يكون مضمونا بالدين لو هلك دليل على استبقائه على ملكه فيتعين الآخر مرادا بالعتق

ولو غير (مسلمتين) ذكره ابن الكمال ، لأن المساومة بيان فهذه أولى بلا قبض بدائع (فى) حق (عتق مبهم) كقوله أحد كما حر ففعل ماذكر تعين الآخر ، ولو قيل له أيهما نويت فقال لم أعن هذا عتق الآخر ، ثم إن قال لم أعن هذا عتق الأول أيضا وكذا الطلاق ، بخلاف الإقرار اختيار . ولو جنى أحدهما تعين الجانى وعليه الدية دفعا للضرر ولوالجية (لا) يكون (الوطء) ودواعيه بيانا (فيه) وقالا : هو بيان حبلت أولا وعليه الفتوى لعدم حله إلا فى الملك (وكذا الموت لايكون بيانا فى الإخبار) اتفاقا (فلو قال لغلامين أحدكما ابنى ، أو) قال لجاريتين (إحداكما أم ولدى فمات أحدهما لايتعين الباقى للعتق ولا للاستيلاد) لأن الإخبار يصح فى الحى والميت بخلاف الإنشاء .

(قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه ذكرا فأنت حرة فولدت ذكرا وأنثى ولم يدر الأول رق الذكر) بكل حال (وعتق نصف الأم والأنثى) لعتقهما بتقديم الذكر ورقهما بعكسه ، فيعتق نصفهما ويستسعيان فى نصف قيمتهما .

(شهدا بعتق أحد مملوكيه) ولو أمتيه (لغت) عند أبى حنيفة

(قوله ولو غير مسلمتين) أشار به إلى أن قول المتن مسلمتين تبعا للهداية قيد اتفاقى كما نبه عليه فى كافى النسفى ، لأن قيد التسليم لإفادة الملك وهو غير لازم (قوله فهذه) أى هذه التصرفات : أعنى الهبة والصدقة أولى بكونها بيانا حالة كونها بدون قبض وتسليم (قوله بخلاف الإقرار) أى بالمال . قال فى الاختيار : كأن قال لأحد هذين الرجلين علىّ ألف درهم فقيل أهو هذا ؟ فقال لا لايجب للآخر شىء . والفرق أن التعيين فى الطلاق والعتاق واجب عليه ، فإذا نفاه عن أحدهما تعين الآخر إقامة للواجب ، أما الإقرار فلا يجب عليه البيان فيه لأن الإقرار بالمجهول(١) لايلزم حتى لايجبر عليه فلم يكن نفى أحدهما تعيينا للآخر اهـ (قوله ولو جنى أحدهما) أما لوجنى عليه بقتل أو قطع فقد مر (قوله دفعا للضرر) أى عن المولى (قوله لايكون الوطء الخ) لأن الملك قائم فى الموطوءة لأن الإيقاع فى المنكرة والموطوءة معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤها على مذهبه بحر (قوله فيه) أى فى العتق المبهم (قوله حبلت أولا) أشار به إلى أن قول الإمام مقيد بعدم الحبل ، فلو حبلت عتقت الأخرى اتفاقا كما فى البحر (قوله وعليه الفتوى) قال فى البحر : والحاصل أن الراجح قولهما وأنه لايفتى بقول الإمام كما فى الهداية وغيرها لما فيه من ترك الاحتياط مع أن الإمام ناظر إلى الاحتياط فى أكثر المسائل . وفى الفتح : الحق أنه لايحل وطؤهما كما لايحل بيعهما (قوله لعدم حله إلا فى الملك) حاصله أن وطء إحداهما جائز بلا خلاف ، فلو لم يكن بيانا لتخصيص العتق بالأخرى لزم وقوع الوطء فى غير الملك ولا سيما على قوله بحل وطء الأخرى ، إذ لاشك أن إحداهما حرة بيقين ، كذا ظهر لى فى تقرير هذا المحل (قوله بخلاف الإنشاء) ظاهره أن جملة أحدكما ابنى لاتصلح لإنشاء الحرية مع أنه يصلح ، فالوجه التفصيل بين إرادة الإخبار فلا يكن الموت بيانا وبين إرادة الإنشاء فيكون ط (قوله ولم يدر الأول) أى بأن تصادقا على ذلك ، أما لو اتفقا على أن الغلام أولا عتقت الأم والجارية ، أو أنه كان ثانيا لم يعتق أحد ، وتمامه فى ح عن الشرنبلالية (قوله بكل حال) أى على تقدير ولادته أولا أو ثانيا ، لأن ولادته شرط لحرية الأم فتعتق بعد ولادته فلا يتبعها (قوله لعتقهما بتقديم الذكر) فعتق الأم بالشرط وعتق البنت بالتبعية لأن الأم حرة حين ولدتها بحر ، وتمام الكلام على هذه المسألة فيه (قوله ولو أمتيه) أى بالمبالغة لأن عتق الأمة لايتوقف على الدعوى إجماعا ، لما فيه من تحريم فرجها على المولى وهو خالص حقه تعالى فأشبه الطلاق ، لكن لم تقبل الشهادة هنا لأنها على عتق مبهم وهو لا يحرم

---

(١) (قوله لأن الإقرار بالمجهول) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب للمجهول باللام بدليل صدر العبارة تأمل اهـ مصححه .

لكونها على عتق مبهم (إلا أن تكون) شهادتهما (فى وصية) ومنها التدبير فى الصحة والعتق فى المرض (أو طلاق مبهم) فتقبل إجماعا ، والأصل أن الطلاق المبهم يحرم الفرج إجماعا فيكون حق الله فلا تشترط له الدعوى، بخلاف العتق المبهم فلا يحرمه عنده ، لكن لم يجز أن يفتى به فليحفظ (كما) تقبل (لو شهدا بعد موته أنه) أى المولى (قال فى صحته) لقنيه (أحدكما حر على الأصح) لشيوع العتق فيهما بالموت فصار كل خصما متعينا ، وصححه ابن الكمال وغيره .

[فروع] شهدا بعتق سالم ولا يعرفونه عتق ، ولو له عبدان كل اسمه سالم وجحد فلا عتق ، كشهادتهما بعتقه لمعينة سماها فنسيا اسمها أو بطلاق إحدى زوجتيه وسماها فنسياها لم تقبل للجهالة فتح ، والله تعالى أعلم .

الفرج عنده (قوله لكونها على عتق مبهم) أى فلم تصح الدعوى لجهالة من له الحق (قوله إلا أن تكون الخ) الاستثناء منقطع بحر . ورده فى النهر بأنه متصل ، وفيه نظر إذ لا يصح اتصاله فى قوله أو طلاق مبهم فافهم (قوله ومنها التدبير فى الصحة والعتق فى المرض) المناسب إسقاط قوله ومنها والإتيان بالكاف ، لأن المراد بالوصية هنا ماذكر كما فسرها به فى البحر والنهر وغيرهما ، وقيد بالتدبير فى الصحة لا للاحتراز بل للعلم بكونه وصية فى حالة المرض بالأولى .

ثم اعلم أن المتبادر من كلام المصنف قبول الشهادة فيما ذكر سواء أديت فى مرض موته أو بعده ، وبه صرح فى الهداية وقال إنه الاستحسان : يعنى عند الإمام . وللشرنبلالى رسالة سماها [إصابة الغرض الأهم فى العتق المبهم] اعترض فيها على الهداية وشراحها بما فى شرح مختصر الطحاوى للإسبيجابى ، حيث قال فيه : وإذا شهد على رجل أنه قال لعبديه أحدكما حر والعبدان يدعيان أو يدعى أحدهما ، فنى قولهما تقبل هذه الشهادة ويجبر على البيان ، وأما على قول أبى حنيفة إن كان هذا فى حال الحياة فلا تقبل ؛ وإن شهدا بعد الوفاة فإن قالا إنه كان فى حال الصحة فهو على الاختلاف أيضا ، وإن قالا كان ذلك فى المرض تقبل استحسانا ويعتق من كل واحد نصفه على اعتبار الثلث ، ولو شهدا أنه قال لعبديه أحدهما مدبر ، فإن شهدا فى حال الحياة فهو على الاختلاف ، وإن كان بعد الوفاة يقبل سواء كان القول فى المرض أو الصحة ، لأن هذه وصية والجهالة لاتبطل الوصية اهـ .

ثم قال فى آخر الرسالة : والحاصل أن الشهادة بأنه أعتق أحدهما فى صحته لاتقبل عنده أصلا غير أن الأصح أنهما لو شهدا بعد موت المولى أنه قال فى صحته أحدكما حر تقبل كما ذكره ابن الهمام ، ونقل تصحيحه ابن كمال باشا عن المحيط . وأما الشهادة على أنه أعتق أحدهما فى المرض أو دبر أحدهما فى الصحة أو فى المرض فلا تقبل حال حياة المولى بل بعد موته اهـ ملخصا .

قلت : ويؤيده مافى كافى الحاكم حيث قال وإن شهدا أنه أعتق أحد عبديه بغير عينه فالشهادة باطلة فى قول أبى حنيفة ، ولو قالا كان هذا الموت استحسنت أن أعتق من كل واحد منهما نصفه وقال أبو يوسف ومحمد : الشهادة جائزة فى الحياة أيضا اهـ (قوله يحرم الفرج) أى فرجيهما حتى يبين ولو بوطء ، وإذا تبين به أنها زوجته تبين عدم حرمته ط (قوله فلا يحرمه عنده) أى لايحرم فرجيهما بل يحل وطؤهما عنده كما مر (قوله على الأصح) مقابله مامر آنفا عن شرح الطحاوى (قوله ولا يعرفونه) الأولى ولا يعرفانه (قوله للجهالة) علة لقوله فلا عتق ولقوله لم تقبل : أى لجهالة المشهود له وهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلوم أو معلومة أو طلاقها ، وهو قول الإمام . وعند زفر تقبل ويجبر على البيان . قال فى الفتح : ويجب أن يكون قولهما كقول زفر فى هذه لأنها كشهادتهما على عتق إحدى أمتيه أو طلاق إحدى زوجتيه اهـ ط والله سبحانه أعلم .

باب الحلف بالعتق

(قال إن دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ حر عتق من له حين دخوله) ولو ليلا ، سواء (ملكه بعد حلفه أو قبله) لأن المعنى يوم إذ دخلت فاعتبر ملكه وقت دخول (و) لذا لو لم يقل يومئذ عتق من له وقت حلفه فقط كقوله (كل عبد لى أو أملكه حر بعد غد) أو بعد شهر اعتبر وقت حلفه ، لأن لى أو أملكه للحال

باب الحلف بالعتق

شروع فى بيان التعليق بعد ذكر التنجيز ، وإنما ذكر مسألة التعليق بالولادة فى معتق البعض لبيان أنه يعتق منه البعض عند عدم العلم نهر ، وهو بكسر اللام مصدر سماعى ، وجاء بسكونها وتدخله التاء للمرة كقوله :
* حلفت لها بالله حلفة فاجر * وتمامه فى الفتح (قوله فكل مملوك لى) يشمل العبد والأمة فإنه كالآدمى يقع على الذكر والأنثى كما فى الذخيرة قهستانى ، ويأتى بيانه . وفى بعض النسخ بعد قوله لى زيادة ، وهى بخلاف قوله لعبد غيره إن دخلت الدار فأنت حر فاشتراه فدخل لم يعتق لأنه لم يضف العبد إلى ملكه لاصريحا ولا معنى (قوله ولو ليلا) أى ولو كان دخوله ليلا أفاد أن لفظ اليوم مراد به الوقت لأنه أضيف إلى فعل لا يمتد وهو الدخول فتح .

مطلب تحقيق مهم فى يومئذ

(قوله لأن المعنى يوم إذ دخلت) أشار به إلى أن إضافة يوم إلى الدخول أخذ بالحاصل وميل إلى جانب المعنى ، وإلا فالذى يقتضيه التركيب أن يوما مضاف إلى إذ المضافة إلى الدخول . قال فى الفتح لأنه أضيف إلى فعل لا يمتد وهو الدخول وإن كان فى اللفظ إنما أضيف إلى إذ المضافة للدخول ، لكن معنى إذ غير ملاحظ وإلا كان المراد يوم وقت الدخول ، وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذى فيه الدخول تقييدا لليوم ، لكن إذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا فى الاستعمال الفصيح كنحو — ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله — ولا يلاحظ فيه شىء من ذلك ، إذ لا يلاحظ فى هذه الآية : وقت يغلبون(١) يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون ، ونظائره كثيرة فى كتاب الله تعالى وغيره ، فعرف أن لفظ إذ لم يذكر إلا تكثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة أو عمادا له : أعنى التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ، ولم يلاحظ معناها ، ومثله كثير فى أقوال أهل العربية فى بعض الألفاظ لاتخفى على من له نظر فيها اهـ ح (قوله فاعتبر ملكه وقت دخوله) فيشمل من لم يكن فى ملكه وقت الحلف ثم اشتراه ثم دخل ومن كان وبقى حتى دخل (قوله ولذا) أى لكون المعنى ماذكر فإنه مستفاد من لفظة يومئذ (قوله لأن لى أو أملكه للحال) أى فإن لى متعلق بثابت مثلا وهو اسم فاعل . والمختار فى الوصف من اسم الفاعل أو المفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه .

وصيغة المضارع وإن كانت تستعمل للاستقبال لكن عند الإطلاق يراد بها الحال عرفا وشرعا ولغة ، واللام للاختصاص ، فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال ، فلو نوى الاستقبال لم يصدق لصرفه عن ظاهره ، فيعتق ما ملكه للحال لما ذكرنا ، وكذا ما استحدث الملك فيه لإقراره . ولو قال : كل مملوك أملكه اليوم فهو حر عتق ما فى ملكه وما استفاد ملكه فى اليوم ، ومثل اليوم الشهر والسنة ، فإن عنى أحد

---

(١) (قوله وقت يغلبون الخ) هكذا بخطه ، ولعل الموافق لأول العبارة وقت وقت يغلبون بتكرار كلمة وقت تأمل اهـ مصححه .

فلا يتناول الاستقبال ، حتى لو لم يملك شيئا يوم حلفه لغا يمينه (ودبر بكل عبد لى أو أملكه حر بعد موتى ، من) كان (له) مملوك (يوم قال) هذا القول (لا) يكون مدبرا مطلقا بل مقيدا (من ملكه بعده ، و) لكن (إن مات عتقا من الثلث) لتعليقه بالموت فيصير وصية (المملوك لايتناول الحمل) لأنه تبع لأمه (فلا يعتق حمل جارية من قال كل مملوك لى ذكر فهو حر) ولو لم يقل ذكر لدخل الحامل فيعتق الحمل تبعا (وكذا) لفظ المملوك والعبد لايتناول (المكاتب) والمشترك ويتناول المدبر والمرهون والمأذون على الصواب ؛

الصنفين صدق ديانة لا قضاء ، وتمامه فى البحر ،وفيه كل مملوك أشتريه فهو حر إن كلمت زيدا أو إذا كلمته فهو على ما يشتريه قبل الكلام لا بعده ، وإن قدم الشرط فبالعكس ، وكذا إن وسطه مثل كل مملوك أشتريه إذا دخلت الدار فهو حر ،ولا يعتق ما اشترى قبله إلا أن ينويهم (قوله ودبر) بالبناءللفاعل كما يفيده قول المصنف فى شرحه إنّ من مفعوله ، لكن الأظهر بناؤه للمفعول ومن نائب الفاعل (قوله مماوك) كذا فى النسخ التى رأيناها وصوابه النصب اه ج (قوله بل مقيدا من ملكه بعده) حاصله أن من كان فى ملكه يوم الحلف يصير مدبرا مطلقا فلا يصح بيعه بعد هذا القول ، ومن ملكه بعده يصير مدبرا مقيدا فيصح بيعه قبل موت سيده (قوله عتقا من الثلث) هذا ظاهر مذاهب الكل ، وعن الثانى لا يعتق ما استفاده بعد ، لأن اللفظ حقيقة للحال كما سبق فلايعتق به ماسيملكه. ولهما أن هذا أى مجموع التركيب إيجاب عتق وإيصاء أيضا بقوله بعدموتى ولذا اعتبر من الثلث ، فمن حيث الجهة الأولى يتناول المملوك حتى صار مدبرا مطلقا ، ومن حيث الجهة الثانية يتناول المستفاد ، لما استقر أن الوصية يعتبر فيها كل من الجهتين ، ألا ترى أنه يدخل فى الوصية بالمال الأولاد فلأن ما يستفيده ومن يولد له بعدها فيصير كأنه قال عند الموت كل مملوك أملكه فهو حر اه نهر (قوله لأنه تبع لأمه) لأنه كعضو من أعضائها و لذا لم يجز عن الكفارة ولم تجب صدقة فطره ، ولا يجوز بيعه منفردا نهر (قوله ولو لم يقل الخ) يعنى أن المملوك لا يتناول الحمل سواء وصف المملوك بذكر أولا ، وإنما فائدة وصفه به عدم دخول أم الحمل ، فلو لم يوصف به تدخل أمه ، ولكن يعتق هو لابتناول اللفظ له بل بتبعيته لها ، وبه اندفع ما فهمه فى البحر كما أفاده فى النهر .

وذكر فى الفتح أن تناول مملوك للأم مبنى على أن الاستعمال استمر فيه على الأعمية أو على أنه اسم لذات متصفة بالمملوكية ، وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وإن كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة ، فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث اه لكن ذكر أيضا فى الأيمان فى باب الحلف بالعتق والطلاق أن لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لأنه تعميم مملوك وهو الذكر ، وإنما يقال للأنثى مملوكة ، ولكن عند الإطلاق يستعمل لها المملوك عادة إذا عمم بادخال كل ونحوه فيشمل الإناث حقيقة فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ، ولو نوى النساء وحدهن لم يصدق أصلا اه (قوله لا يتناول المكاتب) لأنه غير مملوك على الإطلاق إذ هو حر يدا ، ولأنه غير عبد كذلك لأنه يتصرف بلا إذن سيده والعبد ليس كذلك وسيأتى فى باب الحلف بالعتق والطلاق عن الفتح أنه ينبغى فى : كل مرقوق لى حر أن يعتق المكاتب لأن الرق فيه كامل لا أم الولد إلا بالنية (قوله والمشترك) قال فى البحر إلا بالنية . وذكر فى المحيط إلا إذا ملك النصف الأخير بعده فإنه يعتق فى قوله إن ملكت مملوكا فهو حر لأنه وجد الشرط وهو مملوك كامل ، فلو باع نصيبه ثم اشترى نصيب شريكه لم يعتق استحسانا ، وتمامه فيه (قوله على الصواب) تخطئة لصاحب المجتبى فى قوله لايدخل العبد المرهون والمأذون فى التجارة كما ذكره فى البحر ح . ثم المأذون إن لم يكن عليه دين عتق عبيده إن نواهم

ولو نوى الذكور أو لم ينو المدبر دين . وفى : مماليكى كلهم أحرار لم يدين ، لدفع احتمال التخصيص بالتأكيد .

[فروع] حلف لايعتق عبده فكاتب أو اشترى قريبا أو اشترى العبد نفسه حنث .

إن بعتك فأنت حر فباعه فاسدا عتق وصحيحا لا .

إن دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه دخل عتق ؛ وفى إن كلمته لا لأنها على فعل نفسه ؛ ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما جازت إن جحد ، وكذا إن ادعاه عند محمد وأبطلها الثانى .

باب العتق على جعل بالضم ويفتح : المال

(أعتق عبده على مال)

السيد وإلا فلا ، وإن كان عليه دين لم يعتقوا وإن نواهم ، كذا فى الفتح وغيره ط (قوله ولو نوى الذكور) أى بقوله كل مملوك لى حر فإنه لا يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر فى عرف الاستعمال ويصدق ديانة ط (قوله دين) لأنه نوى تخصيص العام ، فقد نوى ما يحتمله لفظه فيصدق ديانة ، لكنه خلاف الظاهر فلم يصدق قضاء اهـ ح . والأولى أن يقول أو نوى غير المدبر لأن عدم نية المدبر صادق بعدم نية شىء أصلا وذلك لا يكون تخصيصا أفاده ط (قوله لم يدين الخ) أى فى نية الذكور لأنه تخصيص للعام وهو مماليكى ، فإنه جمع مضاف فيعم مع احتمال التخصيص ولما أكد بكلهم ارتفع احتمال التخصيص ، بخلاف كل مملوك فإن الثابت فيه أصل العموم فقط فقبل التخصيص أفاده فى البحر (قوله حنث) لأن الكتابة عتق معلق بأداء النجوم ، وفى شراء القريب قد باشر سبب الإعتاق ، وفى الثالثة باع العبد لنفسه وهو إعتاق ط (قوله وصحيحا لا) والفرق أن نزول العتق المعلق بعد الشرط وهو بعد البيع ليس بمملوك فلا يعتق ، والملك فى البيع الفاسد باق لايزول إلا بتسليمه فيعتق ، إلا أن يكون المشترى تسلمه قبل البيع ، فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كما فى الفتح عن المبسوط (قوله عتق) لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار فى شهادته به غير متهم فصحت شهادته فتح (قوله لأنها على فعل نفسه) كذا قال فى الفتح : أى لأن شهادة فلان على فعل نفسه وهو التكليم . قال المقدسى : وفيه أنه إنما شهد على فعل العبد ، وإنما يظهر هذا لو قال إن كلمك فلان (قوله ولو شهد ابنا فلان) أى فى صورة التعليق على كلام أبيهما (قوله جازت إن جحد) أى الأب ، لأنها على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط فتح (قوله عند محمد) لأنه لامنفعة للمشهود به لأبيهما ، فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة ، وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والإنكار لأن بشهادتهما يظهر أن صدقه فيما يدعيه فتح ، والله سبحانه أعلم .

باب العتق على جعل

أخره لأن الأصل عدمه (قوله بالضم الخ) قال فى البحر : والجعل فى اللغة بضم الجيم : مايجعل للعامل على عمله ، ثم سمى به مايعطى المجاهد ليستعين به على جهاده ، أو جعلت له : أعطيته له . والجعائل جمع جعيلة أو جعالة بالحركات بمعنى الجعل ، كذا فى المغرب ، وقوله بالحركات : أى حركات الفاء فى جعالة أى الضم والفتح والكسر ، وقد اقتصر فى العناية تبعا للجوهرى على الكسر . واعترضه فى النهر بأن المذكور فى ديوان الأدب وغيره الفتح ثم ذكر مافى المغرب ؛ فعلم أن الضم ضعيف وأن الأشهر الكسر والفتح ، وهذا فى الجعالة ؛ وأما فى الجعل فلم نر من ذكر غير الضم ، فقول الشارح : ويفتح يحتاج إلى نقل . وعبارته فى شرح الملتقى أحسن حيث قال : والجعل بالضم ماجعل للإنسان من شىء على فعل ، وكذا الجعالة بالكسر والفتح (قوله المال) أى المراد به هنا المال المجعول شرطا لعتقه نهر (قوله أعتق عبده على مال) مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف

صحيح معلوم الجنس والقدر (فقبل العبد) كل المال (فى المجلس) يعم مجلس علمه لو غائبا (عتق) وإن لم يؤد لأنه معلق على القبول لا الأداء ؛ حتى لو ردّ أو أعرض بطل (و) أما (لو علقه بأدائه) كإن أديت فأنت حر (صار مأذونا) له دلالة ، وهل يصح حجره ؟ تردد فيه فى البحر

درهم ، أو على أن تعطيني ألفا ، أو على أن تؤدى إلىّ ألفا ، أو على أن تجيئني بألف ، أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها إلىّ ، أو قال بعتك نفسك منك على كذا ، أو وهبت لك نفسك على أن تعوضنى كذا ح عن البحر (قوله صحيح معلوم الجنس والقدر) هذه شروط لصحة التسمية لا لنفاذ العتق فى هذه المسألة لأن نفاذه موقوف على القبول وإن لم تصح التسمية ، وفسادها موجب لقيمة العبد ، احترز بصحيح عن الخمر فى حق المسلم .

قال فى البحر : وشمل إطلاق المال الخمر فى حق الذمى فإنها مال عندهم ؛ فلو أعتق الذمى عبده على خمر أو خنزير فإنه يعتق بالقبول ويلزمه قيمة المسمى ، فإن أسلم أحدهما قبل قبض الخمر ؛ فعندهما على العبد قيمته ، وعند محمد عليه قيمة الخمر كذا فى المحيط اهـ . وقوله معلوم الخ قال فى البدائع : وإن كان المسمى معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل والموزون فعليه المسمى ، وإن كان معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة كالثياب الهروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية فعليه الوسط منه ، وإذا جاء بالقيمة يجبر المولى على القبول ، وإن كان مجهول الجنس كالثوب والدابة والدار فعليه قيمة نفسه لأن الجهالة متفاحشة ففسدت التسمية اهـ . وفى النهر : وإن لم يعلم الجنس كثوب وحيوان عتق بالقبول ولزمه قيمة رقبته اهـ . فقد ثبت ماقلنا من أن هذه شروط لصحة التسمية لا لنفاذ العتق هنا .

وأما مانقله ح عن النهر من أنه إذا لم يكن معلوما كدراهم أو كان مجهول الجنس كثوب أو غير صحيح ككذا من الخمر لم يجبر على القبول ، ففيه أن هذا ذكره فى النهر فى المسألة الآتية وهى تعليق عتقه بأدائه ، ففيها لايعتق إلا بالأداء ، ويجبر المولى على قبول المؤدى إلا إذا كان مجهولا أو غير صحيح فلا يجبر على قبوله ، وهذا لايتأتى فى مسألتنا لأن الشرط فيها قبول العبد العتق على المال ، فإذا قبل عتق بالقبول ، ثم إذا كان المال صحيحا معلوما لزمه لصحة التسمية وإلا لزمه قيمة نفسه كما قلنا فافهم (قوله فقبل العبد) شرط قبوله لأنه معاوضة من جانبه ، ولذا ملك الرجوع لو ابتداء وبطل بقيامه قبل قبول المولى وبقيام المولى وإن كان تعليقا من جانب المولى ، ولذا لم يصح رجوعه عنه ولم يبطل بقيامه عن المجلس نهر (قوله كل المال) فلو قبل فى النصف لم يجز عند الإمام لما فيه من الإضرار بالمولى وقالا : يجوز ويعتق كله بالكل بناء على تجزى الإعتاق وعدمه نهر (قوله يعم مجلس علمه لو غائبا) فإن قبل فيه صح وإلا بطل ، أما الحاضر يعتبر فيه مجلس الايجاب (قوله لأنه) أى العتق المفهوم من عتق معلق على القبول : أى قبول العبد العتق لأنه معاوضة من جانبه كما علمت (قوله حتى لو رد الخ) تفريع على التعليل ط (قوله أو أعرض) بأن قام من مجلسه أو اشتغل بعمل آخر يعلم منه أنه قاطع لما قبله بحر (قوله فأنت حر) أتى بالفاء فى الجواب لأنه لو لم يأت بها أو أتى بالواو تنجز لكونه ابتداء لاجوابا لعدم الرابط بحر ، وفيه كلام قدمناه فى تعليق الطلاق (قوله صار مأذونا) لم يشرط قبوله هنا : أى فيما إذا علق عتقه بأدائه ، إذ لايحتاج إليه ولا يبطل بالرد كما فى التبيين ، بخلاف المسألة السابقة ، وهى ماإذا قال له أنت حر على ألف شرنبلالية (قوله دلالة) لأنه رغبه فى الاكتساب بطلبه الأداء منه ومراده التجارة لا التكدى ، فكان إذنا له دلالة درر (قوله تردد فيه فى البحر) حيث قال : ولم أر صريحا أنه لو حجر على هذا العبد المأذون هل يصح حجره .

وقد يقال إنه لايصح ، لأن الإذن له ضرورى لصحة التعليل بأداء المال . وقد يقال : إنه يصح لما أنه يملك بيعه

(لامكاتبا) لأنه صريح فى تعليق العتق بالأداء ، وهو يخالف المكاتب فى عشرين مسألة ذكر منها تسعة فقال (فلا يتوقف) عتقه (على قبوله ولا يبطل برده ، وللمولى بيعه قبل وجود شرطه وهو الأداء) ولو باعه ثم اشتراه هل يجب قبول ما يأتى به؟ خلاف (وعتق بالتخلية) بحيث لو مد يده للمال أخذه (ولو أدى عنه غيره تبرعا أو أمر غيره بالأداء فأدى (لا) يعتق

فيملك حجره بالأولى اه . واستظهر السائحانى الأول والأظهر الثانى لأن له أيضا أخذ ما ظفر به من كسب العبد فليتأمل (قوله لأنه صريح فى تعليق العتق بالأداء) أما الكتابة فهى صريحة فى عقد المعاوضة ، نعم هو تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود ، لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت أدائه إياه ، ولما تأخر إلى ذلك لم يثبت من أحكام المعاوضة إلا ما هو بعد الأداء ، وهو ما إذا وجد السيد بعض المؤدى زيوفا له أن يرجع بالجياد وتقديم ملك العبد لما أداه وإنزاله قابضا إذا أتاه به . وأما فيما قبل الأداء فالمعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره ، فلذا خالف المعاوضة التى هى الكتابة فى صور كثيرة اه ملخصا من الفتح (قوله فلا يتوقف عتقه على قبوله) فإذا أدى بعد قول المولى إن أديت الخ عتق ، ويشترط القبول فى الكتابة كما فى الوقاية ط (قوله ولا يبطل برده) أى ولو صريحا كقوله لا أرضى (قوله قبل وجود شرطه) أى شرط العتق (قوله خلاف) فعند أبى يوسف يجب . وعند محمد لا ، ولكن لو قبضه عتق ، بخلاف الكتابة فإنه لا خلاف فى أنه يجب أن يقبله ويعد قابضا بحر . واختار فى الفتح الأول وبين وجهه ، ثم إن هذه مسألة رابعة . قال ط : ولا يظهر كون هذه المسألة من مسائل الخلاف وإن عدها فى البحر والنهر منها لأن المكاتب لا يباع (قوله وعتق بالتخلية) التخلية : رفع الموانع ، بأن يضع المال بين يدى المولى بحيث لو مد يده أخذه ، فحينئذ يحكم القاضى بأنه قبضه ، وكذا فى ثمن المبيع وبدل الإجارة وسائر الحقوق ، وهذا معنى قولهم أجبره الحاكم على قبضه : أى حكم به لا أنه يجبره عليه بحبس ونحوه ، وإنما ذكر التخلية ليفيد أنه يعتق بحقيقة القبض بالأولى بحر . قال فى الفتح : وهذا إذا كان العوض صحيحا ، أما لو كان خمرا أو مجهولا جهالة فاحشة ، كما لو قال إن أديت إلىّ خمرا أو ثوبا فأنت حر فأدى ذلك لا يجبر على قبولهما : أى لا ينزل قابضا إلا إن أخذه مختارا .

وحاصله أن العتق بالتخلية إنما يثبت لو العوض صحيحا معلوما وإلا فلا يثبت إلا بحقيقة القبض وهذا معنى ما نقله ح عن النهر فى المسألة الأولى ، ومحل ذكره هنا كما نبهنا عليه .

[تنبيه] العتق بالتخلية لا يخص العتق المعلق فإن الكتابة كذلك ، فلا وجه لعد ذلك من مسائل المخالفة كما أفاده ح ولذا لم يعدها منها فى البحر وغيره ، نعم ذكر فى الفتح أنه عند زفر لا يعتق بالتخلية ، وعليه تظهر المخالفة بينه وبين الكتابة (قوله أو أمر غيره بالأداء الخ) مثله ما إذا أدى مديون العبد عنه كما لا يخفى ، فلو أسقط التبرع كان أخصر وأعم ح .

قلت : وفيه أن أداء المديون دينا على دائنه إن كان بأمره برئ المديون وإلا فهو متبرع ، فمسألة مديون العبد لم تخرج عن أحدهما ، نعم لو أسقط متبرعا استغنى عن قوله أو أمر غيره هذا .

وقد نقل فى البحر مسألة الأمر عن المحيط ، ثم نقله بعد ورقة عن البدائع : لو قال لعبدين له إن أديتما إلىّ ألفا فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لأنه علق العتق بأداء الألف ولم يوجد ، وكذا لو أدى أحدهما الألف كله من عنده ، وإن أدى أحدهما الألف وقال خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى ليؤديها إليك عتقا لوجود الشرط حصة أحدهما بطريق الأصالة وحصة الآخر بطريق النيابة ، لأن هذا باب تجرى فيه النيابة فقام أداؤه مقام أداء صاحبه اه .

قال وبين النقلين تناف ، إلا أن يوفق بأن ما فى المحيط إنما هو فى الأمر من غير إعطاء شئ من العبد . وما فى البدائع

لأن الشرط أداؤه ولم يوجد .

(كما) لايعتق (لو) قيد بدراهم فأدى دنانير أو بكيس أبيض فدفع فى كيس أسود أو بهذا الشهر فدفع فى غيره أو (حط عنه البعض بطلبه وأدى الباقى) وكذا لو أبرأه (أو مات المولى وأداه إلى الورثة) لعدم الشرط بل العبد بإكسابه للورثة كما لو مات العبد قبل الأداء فتركته لمولاه بل له أخذ ماظفر به أو مافضل عنده من كسبه ، ولو أدى من كسبه قبل التعليق عتق ورجع السيد بمثله عليه (وتعلق أداؤه بالمجلس) إن عاق بإن وبإذا لا ، ولا يتبعه أولاده ، بخلاف المكاتب فى الكل (وهو) أى المال (دين صحيح يصح التكفيل به) بخلاف بدل الكتابة

فيما إذا بعث مع غيره المال فلا إشكال اه (قوله لأن الشرط أداؤه) لما مر من أنه صريح فى تعليق العتق بالأداء، بخلاف الكتابة فإنها معاوضة حقيقة فيها معنى التعليق ، فكان المقصود منها حصول البدل (قوله أو حط عنه البعض بطلبه) الظاهر أنه إنما قيد بالطلب لأن الحط يلتحق بأصل العقد ، فإذا لم يلتحق هنا بتراضيهما لايلتحق بدونه بالأولى أفاده السائحانى ، وهذا بخلاف مال الكتابة فإنه مال واجب شرعا لأنها عقد معاوضة ، أما هنا فغير واجب بل هو شرط للعتق وشرط العتق لايحتمل الحط ذخيرة (قوله وكذا لو أبرأه) أى عن البعض أو عن الكل لايبرأ ولايعتق ، بخلاف المكاتب جوهرة .

واعترض فى البحر تبعا للفتح بأن الفرق إنما يكون بعد تحقق الإبراء فى الموضعين ، والإبراء لايتصور فى مسألة التعليق لأنه لادين على العبد بخلاف الكتابة اه ومثله يقال فى الحط ، لكن قال ح : ويمكن أن يجاب بأنه يكفى فى الفرق عتق المكاتب إذا قال له مولاه أبرأتك عن بدل الكتابة لصحة الإبراء عنه لأنه دين وعدم عتق المعلق عتقه على الأداء إذا أبرأه مولاه لعدم صحة الإبراء (قوله وأداه إلى الورثة) أى أدى المال المعلق عليه العتق (قوله لعدم الشرط) علة للمسائل الست المذكورة فى قوله كما لا يعتق الخ (قوله بل العبد بأكسابه للورثة) أى فلهم بيعه وأخذ كسبه ، بخلاف المكاتب ، وهذه المسألة عدها فى البحر وغيره من جملة المسائل ، ولو عدت هنا لزادت على العشرين لأنها الرابعة عشر ، ولعل الشارح لم يعد منها قوله وعتق بالتخلية لما مر فتكون هذه الثالثة عشر فافهم (قوله بل له أخذ ما ظفر به) أى من كسب العبد قبل أداء البدل ، وقوله أو ما فضل عنده : أى بعد أداء البدل .

وحاصله أن للسيد أخذ ماظفر به مما فى يد العبد قبل عتقه بأداء البدل وبعده ، بخلاف المكاتب فى الصورتين كما فى البحر (قوله ولو أدى من كسبه قبل التعليق) أى مما اكتسبه قبل التعليق عتق ، بخلاف الكتابة فإنه لايعتق بأدائه لأنه ملك المولى إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فإنه حينئذ يكون أحق به من سيده ، فإذا أدى منه عتق بحر ، وقوله قبل التعليق متعلق بكسبه ، وقيد به لما فى البحر عن الهداية : لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه اه (قوله وتعلق أداؤه) فى بعض النسخ وتقيد أداؤه بالمجلس : أى فلا يعتق مالم يؤد فى ذلك المجلس ، فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ فى عمل آخر فأدى لايعتق ، بخلاف الكتابة فتح (قوله وبإذا لا) أى لايتقيد بالمجلس ، ومثلها متى كما فى الفتح لأنهما لعموم الأوقات كما مر فى الطلاق (قوله ولايتبعه أولاده) أى لو كان المعلق عتقه بأدائه أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة ، بخلاف الكتابة فتح (قوله دين صحيح يصح التكفيل به) فيه أنه قبل الأداء لادين لأن السيد لايستوجب على عبده دينا وبعد الأداء لادين أيضا ، فلا معنى لهذا الكلام ، بل ذكر هذه المسألة غلط هنا ، ومحلها أول الباب عند قول المتن أعتق عبده على مال فقبل العبد فى المجلس عتق كما فعل فى البحر ، حيث قال : فإذا قبل صار حرا ، وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به ، بخلاف بدل

فإنه لاتصح الكفالة به ، وهذه الموفية عشرون . ويزاد مافى الذخيرة : لو علقه بألف فاستقرضها فدفعها لمولاه عتق ورجع الغريم على المولى لأن غرماء المأذون أحق بماله حتى تتم ديونهم .

ولو استقرض ألفين فدفع أحدها وأكل الأخرى فللغريم مطالبة المولى بهما لمنعه بعتقه من بيعه بدينه .

(ولو قال أنت حر بعد موتى بألف إن قبل بعده) أى بعد موته (وأعتقه) مع ذلك (وارث أو وصى أو قاض عند امتناع الوارث) هو الأصح ، لأن الميت ليس بأهل للإعتاق (عتق) بالألف والولاء للميت (وإلا) يوجد كلا الأمرين (لا) يعتق بذلك .

الكتابة لأنه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق على ماعرف اهـ ح والكفالة لاتصح إلا بالدين الصحيح وهو مالايسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وبدل الكتابة يسقط بغيرهما وهوالتعجيز (قوله وهذه الموفية عشرون) صوابه عشرين على أنه مفعول الموفية ح وقد علمت أن هذه المسألة ساقطة لأنها ليست من مسائل التعليق على مال ، فالموفى للعشرين مافى الذخيرة (قوله ورجع الغريم على المولى)أى رجع المقرض على المولى بالألف . والظاهر أن المولى لايرجع به على العبد لأنه إنما يرجع بما اكتسبه قبل التعليق لابعده كما قدمناه آنفا عن الهداية ، وهنا الاستقراض بعد التعليق فافهم (قوله فدفع أحدهما) المناسب لما قبله وما بعده إحداهما بألف التأنيث قبل ضمير التثنية (قوله فللغريم مطالبة المولى بهما) أى بالألف التى قبضها وبالألف التى استهلكها العبد ، وقيد المسألة فى الذخيرة بما إذا كانت قيمة العبد ألفين أى فلو أقل فللغريم مطالبة المولى بقدر القيمة لأنه بالعتق عطل على الغريم قيمته فقط ، إذ لولا العتق كان له بيعه لاستيفاء دينه (قوله لمنعه بعتقه الخ) الضمير الأول والأخير للغريم والثانى والثالث للعبد ، وهذا التعليل كما قال ط إنما يظهر للألف التى استهلكها ، أما التى دفعها للمولى فعلتها مامر من أن الغرماء أحق بمال المأذون (قوله إن قبل بعده الخ) أما لو قبل قبل الموت لايعتق لأنه مثل أنت حر غدا بألف فإن القبول محله الغد لأن القبول إنما يعتبر فى مجلسه ومجلسه وقت وجوده والإضافة تؤخر وجوده إلى وجود المضاف إليه وهو هنا مابعد الموت ، بخلاف أنت مدبر على ألف فإن القبول للحال لأنه إيجاب التدبير فى الحال إلا أنه لايجب المال فى الحال لقيام الرق ، والمولى لايستحق على عبده دينا ولابعده ، لأنه لما لم يجب عند القبول لم يجب بعده : وروى عن أبى حنيفة أن القبول هنا أيضا بعد الموت ، وكذا روى عن أبى يوسف إلا أنه اختلف كلامه فى لزوم المال ، والأعدل لزومه وهو المروى عن محمد أيضا لأن المولى مارضى بعتقه إلا ببدل والمولى يستحق على عبده المال إذا كان بالعتق كالمكاتب على أن استحقاق المال بعد موت المولى وحينئذ يكون حرا اهـ ملخصا من الفتح (قوله مع ذلك) أى مع وجود القبول المذكور (قوله هو الأصح) مقابله ماروى عن الإمام أنه يعتق بمجرد القبول كما هو ظاهر إطلاق المتون ، وأيده فى غاية البيان والفتح (قوله لأن الميت ليس بأهل للإعتاق) تعليل للأصح .

واعترض بأنه لوجن بعد تعليق العتق أو الطلاق ثم وجد الشرط وقع ، لأن الأهلية ليست بشرط إلا عند التعليق أو الإضافة ولذا يعتق المدبر بعد الموت ، وليس التدبير إلا تعليق العتق بالموت . وأجيب بالفرق ، وهو أنه هنا خرج عن ملك المعلق إلى ملك الورثة فلم يوجد الشرط إلا وهو فى ملك غيره . ولا يخفى أن هذا غير دافع ، لأن الاعتراض على التعليل هو أن فوات أهلية المعلق لا أثر له ، وهذا الجواب إبداء علة أخرى . والصواب فى الجواب أن المعترض فهم أن فوات الأهلية بسبب الموت ، والمراد أنه بخروجه عن ملكه ، وتمامه فى الفتح . وقد عن لى هذا الجواب قبل أن أراه ولله الحمد ، وبه ظهر أن تعليل الشارح تبعا للهداية صحيح فافهم (قوله والولاء للميت) أى لا للوارث كما فى البحر ، فيرثه عصبته المتعصبون بأنفسهم دون الإناث ، ولو كان الولاء للورثة ابتداء لدخل فيه الإناث فليتأمل ط وهو ظاهر (قوله لايعتق بذلك) أى بذلك القول لأنه عتق بمال فلابد فيه من القبول

(ولو حرره على خدمته حولا) مثلا كأعتقتك على أن تخدمنى سنة (فقبل عتق فى الحال) وفى إن خدمتنى سنة فأنت حر لايعتق إلا بالشرط ، فلو خدمه أقل منها أو عوّضه عنها أو قال إن خدمتنى وأولادى فمات بعض أولاده لايعتق ، لأن إن للتعليق ، وعلى للمعاوضة (وخدمه) الخدمة المعروفة بين الناس (مدته) أيا كانت (فإن) جهلت أو (مات هو) ولو حكما كعمى (أو مولاه قبلها) ولو خدم بعضها فبحسابه (تجب قيمته) فتؤخذ منه للورثة أو من تركته للمولى . وعند محمد تجب قيمة خدمته ، وبه نأخذ حاوى .

وهل نفقة عياله لو فقيرا على مولاه فى المدة كالموصى له بالخدمة أو يكتسب للإنفاق حتى يستغنى ثم يخدم المولى كالمعسر ؟ بحث فى البحر الثانى والمصنف الأول

ولما كان القبول بعد الموت لزم تأخر العتق عن الموت ، ويلزم منه خروجه إلى ملك الورثة فلا يعتق إلا بعتقهم ، كما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر ، وتمامه فى الفتح (قوله ولو حرره على خدمته) أى خدمة العبد للمولى أو لغيره أفاده فى النهر (قوله فقبل) أى فى المجلس درمنتقى (قوله عتق فى الحال) لأن الإعتاق على الشىء يشترط فيه وجود القبول فى المجلس لا وجود المقبول كسائر العقود بحر (قوله وفى إن خدمتنى الخ) تقدم أنه إن علق بإن تقيد أداؤه بالمجلس ، ولعل الفرق أن أداء المال ممكن فى المجلس فيتقيد به والخدمة سنة لا يمكن تحصيلها فيه فلم تقتصر على المجلس ، ولو علقها بإن فلينظر اه شرنبلالية (قوله لايعتق إلا بالشرط) أى لايتوقف على القبول ، بل لابد من وجود الشرط وهو الخدمة لأنه تعليق لامعاوضة ، بخلاف مسألة المتن (قوله فلو خدمه أقل منها) أى ولو لعجزه عنها بمرض أو حبس فيما يظهر (قوله لأن إن للتعليق الخ) بيان لوجه الفرق بين ما فى المتن وما فى الشرح ، حيث توقف الأول على القبول فقط والثانى على الشرط فقط (قوله وخدمه) يعنى من ساعته بحر : أى أن ابتداء المدة من وقت الحلف (قوله الخدمة المعروفة) عبارة كافى الحاكم : والخدمة خدمة البيت المعروفة بين الناس اه . والظاهر أن المراد خدمة مصالح البيت ، لكن تختلف باختلاف المولى ؛ فلو كان صاحب حرفة أو زراعة يخدمه فى عمله حيث كان معروفا تأمل ، وصرحوا فى الإجارة بأنه لو استأجره للخدمة يخدمه فى الحضر لا السفر لأن خدمة السفر أشق (قوله أيا كانت) أى سنة أو أقل أو أكثر بحر : أى المدة المشروطة (قوله أو مات هو)أى العبد (قوله ولو حكما) المراد به أن يصير بحالة لايمكن فيها الخدمة ، وهذا بحث لصاحب البحر ، وتبعه أخوه فى النهر (قوله قبلها) أى الخدمة متعلق بمات بصورتيه ط (قوله ولو خدم بعضها فبحسابه) كسنة من أربع سنين ثم مات ، فعندهما عليه ثلاثة أرباع قيمته ، وعند محمد قيمة خدمته ثلاث سنين بحر عن شرح الطحاوى (قوله فتؤخذ منه للورثة) أى لورثة المولى ؛ وقال عيسى بن أبان : بل يخدمهم ما بقى منها لأنها دين فيخلفه وارثه فيه ، كما لو أعتقه على ألف فاستوفى بعضها ومات ، لكن فى ظاهر الرواية لايخدمهم لأن الخدمة منفعة وهى لاتورث ، أو لأن الناس يتفاوتون فيها ، وتمامه فى البحر (قوله حاوى) المراد به الحاوى القدسى ، نقله عنه فى البحر والنهر وأقراه (قوله وهل نفقة عياله الخ) هذه حادثة سئل عنها فى البحر ولم يجد لها نقلا :

قلت : وهذا خاص بمسألة المعاوضة كما هو صورة الحادثة ، أما فى مسألة التعليق فلا شبهة فى أن نفقته على سيده لأنه باق على ملكه إلى انتهاء مدة الخدمة (قوله حتى يستغنى) أى عن الاكتساب (قوله بحث فى البحر الثانى) وقال لأنه الآن معسر عن أداء البدل ، فصار كما إذا أعتقه على مال ولا قدرة له عليه فإنه يؤخر إلى الميسرة ، وأقره فى النهر (قوله والمصنف الأول) حيث قال : ويمكن أن يقال بوجوبها على المولى فى المدة المذكورة ويجعل كالموصى له بالخدمة ، فإن النفقة واجبة عليه وإن لم يكن له ملك الرقبة لكونه محبوسا بخدمته ، والحبس هو الأصل

(كبيع عبد منه بعين) كبعتك نفسك بهذا العين (فهلكت) أو استحقت (تجب قيمته) وعند محمد قيمتها .

(ولو قال) رجل لمولى أمة (أعتق أمتك بألف عليّ على أن تزوجنيها ، إن فعل) العتق (وأبت) النكاح (عتقت مجانا ولا شيء له على آمره) لصحة اشتراط البدل على الغير فى الطلاق لا فى العتاق (ولو زاد) لفظ (عنى قسم الألف على قيمتها ومهرها) أى مهر مثلها لتضمنه الشراء اقتضاء ، و (لذا تجب حصة ماسلم) أى القيمة وتسقط حصة المهر (فلو نكحت) القائل (فحصة مهر مثلها) من الألف (مهرها)

فى هذا الباب(١) أصله القاضى والمفتى ، فإن مرض فينبغى أن تفرض فى بيت المال ، بخلاف الموصى بخدمته إذا مرض فإن نفقته على مولاه اه .

واعترضه ح بأنه قياس مع الفارق ، فإن الموصى به يخدم الموصى له لا فى مقابلة شيء فلذا كانت نفقته عليه أما هذا فإنه يخدم فى مقابلة رقبته فكان كالمستأجر تأمل اه . وكذا اعترضه الخير الرملى بأن الموصى بخدمته رقيق محبوس فى خدمة الموصى له وليست الخدمة بدل شيء فيه ، وما نحن فيه هو حر قادر على الكسب فكيف نوجب نفقته ونفقة عياله على معتقه بسبب دين واجب له عليه ؛ فإن الخدمة هنا بمنزلة الدين لما فى التتارخانية عن الأصل إذا قال أنت حر على أن تخدمنى سنة فقبل العبد فهو كما لو قال أنت حر على ألف درهم فقبل اه . وقد صرحوا قاطبة بأنها بدل فى هذا المحل تأمل اه (قوله كبيع عبد منه) أى من العبد ، يعنى أن الخلاف المار مبنى على الخلاف فى مسألة أخرى . وهى ما إذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما ، وعند محمد بقيمة الجارية ، وتمامه فى الهداية وغيرها . قال فى الفتح : ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس بأولى من عكسه ، بل الخلاف فيهما معا ابتدائى (قوله بألف عليّ على أن تزوجنيها) كذا فى بعض النسخ بزيادة على الجارة لضمير المتكلم ، وفائدتها الدلالة على عدم وجوب المال عند عدم ذكرها بالأولى أفاده فى الفتح والبحر (قوله وأبت النكاح) أفاد أن لها الامتناع من تزوجه لأنها ملكت نفسها بالعتق فتح ، وقيد به لأنها لو تزوجته قسم الألف على قيمتها ومهر مثلها كما يأتى (قوله ولا شيء له على آمره) لأن حاصل كلام الآمر أمره المخاطب بإعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليه عنها وعن مهرها ، فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها ، وأما حصة العتق فباطلة لأن العتق يثبت للعبد فيه قوة حكمية هى ملك البيع والشراء ونحو ذلك ، ولا يجب العوض إلا على من حصل له المعوض اه فتح ، أى ومن حصل له المعوض لا يجب عليه لأنه لم يشرط عليه (قوله فى الطلاق) كخلع الأب صغيرته لأنه ليس فى مقابلة عوض حقيقة ، لأن المرأة لم يحصل لها ملك مالم تكن تملكه ، بخلاف العتق (قوله ولو زاد الخ) أى بأن قال أعتق أمتك عنى بألف الخ ولم تتزوجه (قوله لتضمنه الشراء اقتضاء) أى مع المقابلة بالبضع أيضا فى قوله على أن تزوجنيها ، ولما كان ذلك واضحا لكونه مذكورا صريحا لم يذكره فى علة الانقسام فافهم .

والحاصل أن إعتاقه عن الآمر يقتضى سبق ملكه له فصار المعنى بعه منى وأعتقه عنى ، وصار إعتاق المأمور قبولا . قال فى الدرر وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء والبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب حصة ماسلم له . وهو الرقبة ، وبطل عنه مالم يسلم وهو البضع اه . فلو فرض أن قيمتها ألف ومهر مثلها خمسمائة قسم الألف على ألف وخمسمائة ، فثلثا الألف حصة القيمة وثلثه حصة المهر ، فيأخذ المولى الثلثين ويسقط الثلث ، وعكس فى الشرنبلالية وهو سبق قلم (قوله ولذا) لاداعى للتعليل هنا فالأولى إبقاء المتن على حاله ، لأن قوله وتجب عطف على قسم من تتمة الحكم (قوله فحصة مهر مثلها مهرها) أى إذا نكحته يقسم الألف أيضا على مهر

---

(١) (قوله فى هذا الباب) يعنى باب النفقة اه منه .

فيكون لها (فى وجهيه) ضم عنى وتركه (وما أصاب قيمتها) في الأولى هدر ، و (فى الثانية لمولاها) باعتبار تضمن الشراء وعدمه .

(أعتق) المولى (أمته على أن تزوجه نفسها فزوجته فلها مهر مثلها) وجوزه الثانى اقتداء بفعله عليه الصلاة والسلام في صفية . قلنا : كان عليه الصلاة والسلام مخصوصا بالنكاح بلا مهر (فإن أبت فعليها) السعاية (قيمتها) اتفاقا ، وكذا لو أعتقت المرأة عبدا على أن ينكحها ، فإن فعل فلها مهرها ، وإن أبى فعليه قيمته (ولو كانت) المعتقة على ذلك (أم ولده) فقبلت عتقت (فإن أبت) نكاحه (فلا شيء عليها) خانية لعدم تقوّم أم الولد .

[فرع] قال أعتق عنى عبدا وأنت حر فأعتق عبدا جيدا لايعتق ، وفى أدّ إلىّ يعتق لأنه إدخال فى ملكه فيكون راضيا بالزيادة ، وأما العتق إخراج لأن كسبه ملك للمولى .

مثلها وقيمتها ، فما أصاب المهر وجب لها فى الوجهين : أعنى الوجه الأول ، وهو ماإذا لم يقل عنى . والوجه الثانى وهو ماإذا قاله ، وما أصاب قيمتها سقط عنه فى الوجه الأول لعدم الشراء فيه ، وأخذه مولاها فى الوجه الثانى لتضمن الثانى الشراء اقتضاء كما مر ؛ فلو فرض أن قيمته مائة ومهرها مائة قسم الألف عليهما نصفين فيجب لها نصفه فى الوجهين ، والنصف الثانى يسقط عنه فى الوجه الأول ويأخذه المولى فى الوجه الثانى ؛ وكذا لو تفاوتا بأن كان قيمتها مائتين ومهرها مائة فيجب لها ثلث الألف فى الوجهين ويسقط عنه ثلثاه فى الوجه الأول ويأخذهما المولى فى الوجه الثانى (قوله ضم عنى وتركه) بدل من وجهيه بدل مفصل من مجمل ح (قوله وما أصاب قيمتها الخ) قيل فيه تكرار مع ماسبق ، وليس كذلك فافهم (قوله باعتبار تضمن الشراء وعدمه) لف ونشر مشوش ط (قوله فلها مهر مثلها) أى عندهما لأن العتق ليس بمال فلا يصح مهرا بحر (قوله وجوزه الثانى) أى أبو يوسف أى جوّز هذا التعويض المعلوم من المقام فقال بجواز جعل العتق صداقا ط (قوله فى صفية) هى بنت حيي أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها ، من سبي خيبر ، أعتقها صلى الله عليه وسلم وجعل عتقها مهرها ط (قوله قيمتها) بدل من السعاية اهـ ح . وفى نسخة : فى قيمتها ، وهى أوضح ، لكن فيها تغيير إعراب المتن . وفى نسخة : سعاية قيمتها بالإضافة على معنى فى وفيه تغيير المتن أيضا ، لكن الشارح يرتكبه كثيرا (قوله على ذلك) أى على شرط التزوج ط (قوله فقبلت) أفاد به أن القبول شرط العتق هنا وفيما قبلها ط لأنه معاوضة لا تعليق (قوله لعدم تقوّم أم الولد) هذا إنما يظهر على قول الإمام لاعلى قولهما إذ هما يقولان بتقوّمها ط (قوله لأنه إدخال الخ) ذكر هذا التعليل فى البحر عن المحيط ، ومقتضاه أنه يعتق بالعبد الردىء فى الوجه الأول ، وهو مخالف لما فى الهندية من أنه ينصرف إلى الوسط ويصير العبد مأذونا فى التجارة ، فلو أعتق عبدا رديئا أو مرتفعا لايجوز . وفى الأداء إذا لم يبين القيمة ولا الجنس لو أتى بعبد وسط أو مرتفع يجبر المولى على القبول ، لا لو أتى بردىء إلا أن قبله ولو أتى بقيمة الوسط لايجبر ولا يعتق وإن قبلها اهـ ملخصا .

[تتمة] لو قال أد إلىّ ألفا وأنت حر بالواو لايعتق مالم يؤد ؛ ولو قال فأنت حر بالفاء يعتق فى الحال . والفرق أن جواب الأمر بالواو بمعنى الحال معناه أنت حر حال الأداء فلايعتق قبله ، وأما بالفاء فهو بمعنى التعليل : أى فإنك حر ، مثل : أبشر فقد أتاك الغوث ، قيل هذا قولهما ، أما عنده فينبغى أن يعتق فى الحال كما فى طلقنى ولك ألف فطلقها يقع مجانا عنده ، وقيل إنه قول الكل ، وتمامه فى الذخيرة .

باب التدبير

(هو) لغة الإعتاق عن دبر ، وهو مابعد الموت . وشرعا (تعليق العتق بمطلق موته) ولو معنى كإن مت إلى مائة سنة ، وخرج بقيد الإطلاق التدبير المقيد كما سيجيء ؛ وبموته تعليقه بموت غيره فإنه ليس بتدبير أصلا بل تعليق بشرط (كإذا) أو متى أو إن (مت) أو هلكت أو حدث بى حادث (فأنت حر) أو عتيق أو معتق (أو أنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو دبرتك) زاد بعد موتى أولا (أو أنت حر يوم أموت) أريد به مطلق الوقت لقرانه بما لايمتد ، فإن نوى النهار صح وكان مقيدا (أو إن مت إلى مائة سنة) مثلا (وغاب موته قبلها) هو المختار

باب التدبير

شروع فى العتق الواقع بعد الموت بعد الفراغ من الواقع فى الحياة ، وقدمه على الاستيلاد لشموله الذكر أيضا وركنه اللفظ الدالّ على معناه . وشرائطه نوعان : عام وخاص . فالعام مامر فى شرائط العتق كونه من الأهل فى المحل منجزا أو معلقا أو مضافا إلى الوقت أو إلى الملك أو سببه . والخاص تعليقه بمطلق موت المولى لا بموت غيره كما يأتى . وصفته التجزى عنده خلافا لهما ، فلو دبره أحدهما اقتصر على نصيبه وللآخر عند يسار شريكه ست خيارات الخمسة المارة والترك على حاله ، وسيأتى بيان أحكامه ، من عدم جواز إخراجه عن الملك ، ومن عتقه من الثلث بعد موت المولى الخ بحر (قوله هو لغة الخ) يشمل تعليقه بموته مقيدا وبموت غيره ، فهو أعم من المعنى الشرعى ، وفيه بيان وجه التسمية ، فإن الدبر كما فى المصباح بضمتين ويخفف : خلاف القبل من كل شىء ، ومنه يقال لآخر الأمر دبر ، وأصله ماأدبر عنه الإنسان ومنه دبر عبده وأعتقه عن دبر : أى بعد دبر .

وفى ضياء الحلوم : التدبير العتق بعد الموت . وتدبير الأمر النظر فيه إلى ماتصير إليه العاقبة . وقصر فى الدرر تفسيره لغة على هذا الأخير وقال كأنّ المولى نظر إلى عاقبة أمره فأخرج عبده إلى الحرية بعده . ثم قال : إنه شرعا يستعمل فى المطلق والمقيد اشتراكا معنويا وهو تعليق العتق بالموت : أى موت المولى أو غيره ، فما مر من المعنى اللغوى جعله المعنى الشرعى . وردّ بأنه خلاف ظاهر كلام عامة أئمتنا حيث قصروه شرعا على المدبر المطلق كما بسطه فى الشرنبلالية ، ولذا خالفه المصنف والشارح مع كثرة متابعتهما له (قوله ولو معنى) قال فى النهر : وقولنا لفظا أو معنى يصح أن يكونا حالين من التعليق ، والتعليق معنى الوصية برقبته أو بنفسه أو بثلث ماله لأمته وأن يكونا حالين من مطلق ، والمطلق معنى كإن مت إلى مائة سنة فأنت حر فإنه مطلق فى المختار اه . وتمثيل الشارح للثانى فقط يوهم قصره عليه (قوله وخرج الخ) فيه رد على الدرر كما مر ، ومن التدبير المقيد تعليقه بموته وموت فلان كما سيأتى ، وكذا أنت حر قبل موتى بشهر ، وسيأتى تمامه (قوله أصلا) أى لامطلقا ولا مقيدا ، خلافا لما يذكره المصنف (قوله أو حدث بى حادث) لأنه تعورف الحدث والحادث فى الموت بحر (قوله زاد بعد موتى أولا) أى يصير مدبرا الساعة ، لأن التدبير بعد الموت لايتصور ، فيلغو قوله بعد موتى ، أو يجعل قوله أنت مدبر بمعنى أنت حر كما فى البحر عن المحيط (قوله أو أنت حر يوم أموت) لا فرق فى العتق المضاف إلى الموت بين أن يكون معلقا بشرط آخر أولا ، فلو قال : إن كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى فكلمه صار مدبرا لأنه بعد الكلام صار التدبير مطلقا ، وكذا لو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتى فكلمه فلان كان مدبرا كذا فى البدائع ، ولا فرق فى التدبير بين كونه منجزا أو مضافا كأنت مدبر غدا أو رأس شهر كذا فإذا جاء الوقت صار مدبرا بحر (قوله صح الخ) لأنه نوى حقيقة كلامه وكان مدبرا مقيدا ، لأنه علق عتقه بما ليس بكائن لا محالة وهو موته بالنهار بحر عن المبسوط (قوله وغلب موته قبلها) بأن كان كبير السن (قوله هو المختار)

لأنه كالكائن لامحالة ، وأفاد بالكاف عدم الحصر ، حتى لو أوصى لعبده بسهم من ماله عتق بموته ، ولو بجزء لا ، والفرق لايخفى ، وذكرناه فى شرح الملتقى .

(دبر عبده ثم ذهب عقله فالتدبير على حاله) لما مر أنه تعليق ، وهو لايبطل بجنون ولا رجوع (بخلاف الوصية) برقبته لإنسان ثم جن ثم مات بطلت (ولا يقبل) التدبير (الرجوع) عنه (ويصح مع الإكراه

كذا فى الزيلعى ، لكن ذكر قاضيخان ، أنه على قول أصحابنا مدبر مقيد ، وهكذا فى الينابيع وجوامع الفقه .

واعترض فى الفتح على صاحب الهداية بأنه كالمناقض لأنه اعتبره فى النكاح توقيتا وأبطل به النكاح ، وهنا جعله تأبيدا . وأجاب فى البحر بأنه اعتبر فى النكاح توقيتا للنهى عن النكاح المؤقت ، فالاحتياط فى منعه تقديما للمحرم لأنه موقت صورة ، وهنا نظر إلى التأبيد المعنوى لأن الأصل اعتبار المعنى بلا مانع فلذا كان المختار وإن جزم الولوالجى بأنه غير مدبر مطلق تسوية بينه وبين النكاح .

مطلب فى الوصية للعبد

(قوله وأفاد بالكاف) أى فى قوله كإذا مت عدم الحصر ، لما فى الفتح أن كل ما أفاد إثبات العتق عن دبر فهو صريح : وهو ثلاثة أقسام :

الأول مايكون بلفظ إضافة كدبرتك ، ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حر أو عتيق بعد موتى .

الثانى مايكون بلفظ التعليق كإن مت الخ ، وكذا أنت حر مع موتى أو فى موتى بناء على أن مع وفى تستعار لمعنى حرف الشرط .

الثالث مايكون بلفظ الوصية كأوصيت لك برقبتك أو بنفسك أو بعتقك وكذا أوصيت لك بثلث مالى ، فتدخل رقبته لأنها من ماله فيعتق ثلث رقبته اهـ ملخصا (قوله وذكرناه فى شرح الملتقى) عبارته : وعن الثانى أوصى لعبده بسهم من ماله يعتق بعد موته ، ولو بجزء لا ، إذ الجزء عبارة عن الشىء المبهم والتعيين فيه للورثة : أى فلم تكن الرقبة داخلة تحت الوصية ، بخلاف السهم فإنه السدس ، فكان سدس رقبته داخلا فى الوصية اهـ ومثله فى البحر عن المحيط . ثم قال : وما عن أبى يوسف هنا جزم به فى الاختيار اهـ .

قلت : ومقتضى قوله يعتق بعد موته أنه يعتق كله ، وهو خلاف مامر آنفا عن الفتح فى أوصيت لك بثلث مالى أنه يعتق ثلث رقبته ، إذ لا فرق بين الوصية بالثلث أو بالسدس الذى هو معنى السهم ، ولعل ماهنا مبنى على قول الصاحبين بعدم تجزىء التدبير كالإعتاق ، فحيث دخل سدسه فى الوصية عتق كله . ومافى الفتح مبنى على قول الإمام فتأمل . ثم رأيت فى وصايا خزانة الأكمل : أوصى لعبده بدراهم مسماة أو بشىء من الأشياء لم يجز . ولو أوصى له ببعض رقبته عتق ذلك القدر ويسعى فى الباقى عند أبى حنيفة . ولو وهب له رقبته أو تصدق عليه بها عتق من ثلثه . ولو أوصى له بثلث ماله صح وعتق ثلثه ، فإن بقى من الثلث أكمل له ، وإن كان فى قيمته فضل على الثلث سعى للورثة اهـ . وقوله عند أبى حنيفة يشير إلى أنه عندهما يعتق كله بلا سعاية ، وقوله فإن بقى من الثلث الخ معناه — والله أعلم — أنه بحكم الوصية استحق ثلث جميع المال ومنه ثلث رقبته ، فإن كانت رقبته جميع المال سعى للورثة فى ثلثى رقبته ؛ وإن كان المال أكثر فإن زاد له على ثلثى رقبته شىء أكمل له ليستوفى ثلث جميع المال ، وإن كان ثلثا رقبته أقل من ثلث باقى المال سعى للورثة فيما زاد (قوله لما مر) أى فى تعريفه أنه تعليق لكن فيه معنى الوصية لأنه معلق على الموت فكان تعليقا صورة ووصية معنى (قوله ولا رجوع) تكرار مع قول المتن ولايقبل الرجوع اهح (قوله ثم جن) قيل شهرا، وقيل تسعة أشهر، وقيل سنة . والفتوى على التفويض لرأى القاضى ط عن الحموى ، وجزم الشارح فى الوصايا بتقديره بستة أشهر (قوله بطلت) الأولى فإنها تبطل

بخلافها) فالتدبير كوصية إلا فى هذه الثلاثة أشباه ، ويزاد مدبر السفيه ومدبر قتل سيده (فلا يباع المدبر) المطلق خلافا للشافعى .

ولو قضى بصحة بيعه نفذ ، وهل يبطل التدبير ؟ قيل نعم لو قضى ببطلان بيعه صار كالحر (ولا يوهب ولا يرهن) فشرط واقف الكتب الرهن باطل ، لأن الوقف فى يد مستعيره أمانة فلا يتأتى الإيفاء والاستيفاء بالرهن به بحر .

(قوله ويزاد مدبر السفيه) فى الخانية : يصح تدبير المحجور عليه بالسفه بالثلث وبموته يسعى فى كل قيمته وإن وصية المحجور عليه بالسفه بالثلث جائزة اهـ فيطلب الفرق ، ولعل الفرق هو أن التدبير إتلاف الآن ، بخلاف الوصية فإنها بعد الموت وله الرجوع قبله ، فلا إتلاف فيها نهر ، والمراد بقوله يسعى بكل قيمته كل قيمته مدبرا كما فى البحر ح . قلت : وحيث وجبت عليه السعاية فى كل قيمته لم يأخذ حكم التدبير من كل وجه فكأن تدبيره لم يصح فافهم (قوله ومدبر قتل سيده) يعنى إذا قتل المدبر سيده عتق وسعى فى قيمته . وإذا قتل الموصى له الموصى فلا شىء له لأنه لا وصية لقاتل ، وسيأتى تفصيله ح (قوله فلا يباع المدبر المطلق) استشكل بما إذا قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فإنهم يعتقون . ولو باع الذين اشتراهم صح . وأجيب بأن الوصية بالنسبة إلى المعدوم تعتبر يوم الموت وإلى الموجود عند الإيجاب ، وتمام تقريره فى الفتح . قال ط : والمراد أنه لا يباع من غيره ، وأما بيعه من نفسه وهبته منه فإعتاق بمال أو بلا مال ، فلا إشكال كما فى شرح النقاية للبرجندى (قوله قيل نعم) قال فى البحر : وفى الظهيرية : فإن باعه وقضى القاضى بجواز بيعه نفذ قضاؤه ويكون فسخا للتدبير ، حتى لو عاد إليه يوما من الدهر بوجه من الوجوه ثم مات لا يعتق ، وهذا مشكل لأنه يبطل بقضاء القاضى ماهو مختلف فيه ، وما هو مختلف فيه لزوم التدبير لا صحة التعليق ، فينبغى أن يبطل وصف اللزوم لا غير اهـ . وقوله وهذا مشكل الخ من كلام الظهيرية (قوله نعم لو قضى ببطلان بيعه صار كالحر) أى فى سريان الفساد إلى القن إن ضم إليه فى صفقة . قال فى البحر : وسيأتى فى البيوع أن بيع المدبر باطل لا يملك بالقبض ، فلو باعه المولى فرفعه العبد إلى قاض حنفى وادعى عليه أو على المشترى فحكم الحنفى ببطلان البيع ولزوم التدبير فإنه يصير متفقا عليه فليس للشافعى أن يقضى بجواز بيعه بعده كما فى فتاوى الشيخ قاسم ، وهو موافق للقواعد فينبغى أن يكون كالحر ؛ فلو جمع بينه وبين قن ينبغى أن يسرى الفساد إلى القن كما سنبينه إن شاء الله فى محله اهـ ح (قوله ولا يرهن) لأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها بحر عن البدائع .

مطلب فى شرط واقف الكتب الرهن بها

(قوله فشرط الخ) تفريع على العلة التى ذكرناها كما فعل فى البحر ، وأشار إليه الشارح .

ووجه التفريع أن العلة كما أفادت أن الرهن لابد أن يمكن الاستيفاء منه ، فقد أفادت أيضا أن المرهون به لابد أن يكون دينا مضمونا يطالب بإيفائه ، فبالنظر إلى الأول لايصح رهن المدبر بمال آخر ، وبالنظر إلى الثانى لايصح رهن مال بكتب الوقف ، فالجامع بينهما عدم صحة الرهن فى كل للعلة المذكورة ، فلا تضر المغايرة فى كون المدبر مرهونا والكتب مرهونا بها ؟ فافهم (قوله فلا يتأتى الخ) قيل مقتضى كونها أمانة أنها تضمن بالتعدى ، فما المانع من صحة الرهن لهذه الحيثية ؟ وعليه يحمل شرط الواقفين تصحيحا لأغراضهم .

قلت : قد صرحوا بأن الرهن لا يصح إلا بدين مضمون وأنه لايصح بالأمانات والودائع ، وسيأتى فى بابه

(ولا يخرج من الملك إلا بالإعتاق والكتابة) تعجيلا للحرية وسيتضح فى بابه .
والحيلة لمريد التدبير على وجه يملك بيعه أن يدبره مقيدا كإن مت وأنت فى ملكى أو إن بقيت بعد موتى فأنت حر (ويستخدم) المدبر (ويستأجر) وينكح (والأمة توطأ وتنكح) جبرا (والمولى أحق بكسبه وأرشه ومهر المدبرة) لبقاء ملكه فى الجملة (وبموته) ولو حكما كلحاقه مرتدا (عتق) فى آخر جزء من حياة المولى (من

متنا ، والأمانات تضمن بالتعدى مطلقا برهن أو غيره ، ولا يمكن الاستيفاء من الرهن الباطل ولا حبسه على ذلك فلا فائدة له فافهم .

ثم اعلم أن هذا كله إن أريد بالرهن مدلوله الشرعى ، أما إن أريد مدلوله اللغوى وأن يكون تذكرة فيصح الشرط لأنه غرض صحيح كما قاله السبكى . قال : وإذا لم يعلم مراد الواقف فالأقرب حمله على اللغوى تصحيحا لكلامه ، ويكون المقصود تجويز الواقف الانتفاع لمن يخرجه من خزانته مشروطا بأن يضع فى الخزانة مايتذكر هو به إعادة الموقوف ويتذكر الخازن به مطالبته من غير أن تثبت له أحكام الوقف .

قال فى الأشباه فى القول فى الدين بعد أن نقل عبارة السبكى بطولها : وأما وجوب اتباع شرطه وحمله على المعنى اللغوى فغير بعيد (قوله ولا يخرج من الملك) عطف عام على خاص . وفى الذخيرة وغيرها : كل تصرف لايقع فى الحر نحو البيع والإمهار يمنع فى المدبر لأنه باق على حكم ملك المولى إلا أنه انعقد له سبب الحرية ، فكل تصرف يبطل هذا السبب يمنع المولى منه اه فلذا لاتجوز الوصية به ولا رهنه بحر (قوله إلا بالإعتاق) أى بلا بدل أو به نهر (قوله وسيتضح فى بابه) إيضاحه أن المدبر الذى كوتب إما أن يسعى فى ثلثى قيمته إن شاء ، أو يسعى فى كل البدل بموت سيده فقيرا لم يترك غيره . وأما إذا ترك مالا غيره وهو يخرج من الثلث عتق مجانا ط وهو حاصل مافى البحر عن الفتح (قوله أو إن بقيت الخ) حيلة ثانية اختصرها مما فى البحر عن الولوالجية قال : هذه أمتى إن احتجت إلى بيعها أبيعها ، وإن بقيت بعد موتى فهى حرة فباعها جاز ، كذا فى فتاوى الصدر الشهيد اه فافهم . قال : فى البحر : ولم يصرح بأنها مدبرة تدبيرا مطلقا أو مقيدا اه .

قلت : كيف يصح كون تدبيرها مطلقا مع تصريحه بجواز بيعها فلذا جزم الشارح بكونه مقيدا (قوله ويستخدم المدبر الخ) هو وما بعده بالبناء للمجهول ؛ وكان المناسب أن يقول ويؤجر بدل ويستأجر كما عبر فى الكنز وغيره ، وقوله جبرا قيد للجميع : أى للمولى أن يجبره على الخدمة ، وعلى أن يؤجره ، وعلى أن ينكحه : أى يزوجه بالولاية عليه ، وعلى أن يطأ المدبرة ، وعلى أن ينكحها : أى يزوجها لغيره . قال فى البحر : وإنما جازت هذه التصرفات لأن الملك ثابت فيه ، وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات (قوله وأرشه) أى أرش الجناية عليه . وأما أرش الجناية منه فعلى المولى ، ويطالب بالأقل من القيمة ومن أرش الجناية ؛ ولا يضمن أكثر من قيمة واحدة وإن كثرت الجنايات ، أفاده فى البحر . وفى بعض النسخ وارثه وهو تحريف لأنه مادام سيده حيا لايملك شيئا ط (قوله لبقاء ملكه فى الجملة) تبع فيه الدرر .

واعترضه فى الشرنبلالية بأن الملك فى المدبر كامل لعتقه بقوله كل مملوك لى حر اهح . وقد يجاب بأن معنى كمال ملكه أنه مملوك رقبة ويدا بخلاف المكاتب ، وهذا لاينافى نقصه من جهة أخرى وهى أنه لا يملك التصرف فيه بما يخرجه عن ملكه بغير العتق والكتابة لأنه انعقد له سبب الحرية كما مر بخلاف القن فإن ملكه كامل من كل وجه (قوله وبموته) أى المولى (قوله كلحاقه) بفتح اللام . أى مع الحكم به كما فى الدر المنتقى ؛ وكذا المستأمن إذا اشترى عبدا فى دار الإسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق عتق مدبره كما فى البدائع نهر (قوله عتق فى آخر جزء الخ) نقله فى البحر عن المحيط . ثم قال وهو التحقيق ، وعليه يحمل كلامهم اه . ومفاده أن فيه قولين ،

ثلثه) أي ثلث ماله يوم موته إلا إذا قال فى صحته أنت حر أو مدبر ومات مجهلا فيعتق نصفه من الكل ونصفه من الثلث حاوى (وسعى) بحسابه إن لم يخرج من الثلث و (فى ثلثيه) لأن عتقه من الثلث (إن لم يترك غيره ولهوارث لم يجزه) أى التدبير (فإن لم يكن) وارث (أو كان وأجازه عتق كله) لأنه وصية ، ولذا لو قتل سيده سعى فى قيمته كمدبر السفيه ولو قتلته أم الولد لاشىء عليها كما بسطه فى الجوهرة (وسعى في كله) أى كل قيمته مدبرا مجتبى وهو حينئذ كمكاتب ، وقالا حر مديون (لو) المولى (مديونا) بمحيط .

ولو دبر أحد الشريكين فللآخر خيارات العتق ، فإن ضمن شريكه فمات سعى فى نصفه مختار .

وفيه نظر فإنه إذا قال إن مت فأنت حر أو أنت حر بعد موتى لا تقع الحرية إلا بعد الموت ط (قوله يوم موته) صفة لماله : أى من ثلث ماله الكائن يوم موته لا يوم التدبير (قوله فى صحته) فلو فى مرضه فكل من النصفين يخرج من الثلث ط (قوله أنت حر أو مدبر) أى ردد بينهما (قوله ومات مجهلا) اسم فاعل من المضعف : أى لم يبين مراده ، فلو بين فعلى مابين ح (قوله فيعتق الخ) أى مراعاة اللفظين ، فلو لم يترك غيره وكانت قيمته ستمائة مثلا عتق نصفه بثلثمائة وعتق من نصفه الآخر مائتان وسعى بمائة (قوله إن لم يخرج من الثلث) كما لوكانت قيمته ثلثمائة وكان الثلث مائتين فإنه يسعى فى مائة (قوله وفى ثلثيه) عطف على قوله بحسابه (قوله لأن عتقه من الثلث) لما مر أنه تعليق العتق بالموت ، فحيث لم يترك سيدة غيره يعتق من الثلث ويسعى فى ثلثيه ، أما إذاخرج من الثلث فلا سعاية عليه إلا إذا كان السيد سفيها وقت التدبير أو قتل سيده فإنه يسعى فى قيمته كما فى الدر المنتقى عن الأشباه ، وقد مر ويأتى (قوله سعى فى قيمته) لأنه لا وصية لقاتل إلا أن فسخ العقد بعد وقوعه لا يصح فوجب عليه قيمة نفسه . ثم إذا كان القتل خطأ فالجناية هدر ، وكذا فيما دون النفس ولو عمدا فللورثة تعجيل القصاص أو تأخيره إلى مابعد السعاية جوهرة ملخصا (قوله كمدبر السفيه) فإنه يسعى فى كل قيمته مدبرا ، وليس عليه نقصان التدبير كالبصالح إذا دبره ومات عليه ديون بحر (قوله لاشىء عليها) أى أنها تعتق لأن القتل موت ، ويقتص منها لو القتل عمدا وإلا فلا سعاية ولا غيرها لأن عتقها ليس بوصية ، بخلاف المدبرة فإن قتلها له ردللوصية جوهرة ملخصا (قوله أى كل قيمته مدبرا) وهى ثلثا قيمته لنا كما مر فى عتق البعض ويأتى (قوله وهو حينئذ كمكاتب الخ) كذا ذكره فى البحر ، وفرّع عليه أنه لاتقبل شهادته ، ولايزوج نفسه عنده مستدلا بما فى المجمع لو ترك مدبرا فقتل خطأ وهو يسعى للوارث فعليه قيمته لوليه . وقالا : ديته على عاقلته اهـ . قال : وكذا المنجز عتقه فى مرض الموت إذا لم يخرج من الثلث فإنه فى زمن السعاية كالمكاتب عنده . وللعلامة الشرنبلالى رسالة سماها [إيقاظ ذوى الدراية لوصف من كلف السعاية] حرر فيها أنه إذا لم يخرج من الثلث يسعى ، وهو حر وأحكامه أحكام الأحرار اتفاقا ، وكذا المعتق فى مرض الموت والمعتق على مال أو خدمة وأطال وأطاب ، ولخصنا كلامه فيما علقناه على البحر . وقال السيد الحموى فى حاشية الأشباه : وهو تحقيق بالقبول حقيق يعض عليه بالنواجذ (قوله بمحيط) أى بدين محيط بجميع ماله الذى من جملته المدبر أو برقبة المدبر إن لم يكن مال سواه اهـ ح . أما لو كان الدين أقل من قيمته فإنه يسعى فى قدر الدين ، والزيادة على الدين ثلثها وصية ، ويسعى فى ثلثى الزيادة بحر عن شرح الطحاوى (قوله خيارات العتق) وهى سبعة إذاكان الشريك موسرا وستة إذاكان معسرا بإسقاط التضمين ط ومرت فى باب عتق البعض (قوله فإن ضمن شريكه) أى ضمن الساكت الشريك المدبر فللضامن أن يرجع بما ضمن على العبد ، وإن لم يرجع حتى مات عتق نصيبه من ثلث ماله وسعى العبد فى النصف الآخر كاملا للورثة ، وهذه الخيارات عند الإمام . وعندهما صار العبد كله مدبرا بتدبير أحدهما ، وهو ضامن لنصيب

(وولد المدبرة) تدبيرا مطلقا (مدبر) أما المقيد فلا يتبعها ، وذكر المصنف فى البيع الفاسد أن ولد المدبر كأبيه فتأمل ، وأما تدبير الحمل فكعتقه .

(ولو ولدت المدبرة من سيدها فهى أم ولده وبطل التدبير) لأنه من الثلث والاستيلاد من الكل فكان أقوى (وبيع) ووهب ورهن المدبر المقيد (كأن قال له إن مت فى سفرى أو مرضى) هذا (أو إلى عشرين سنة مثلا) مما يقع غالباً ، أو إن مت أو غسلت أو كفنت ، أو إن مت أو قتلت خلافا لزفر

شريكه موسرا كان أو معسرا ح عن الهندية ملخصا (قوله وولد المدبرة) أى المولود بعد التدبير لا قبله ، لأن حق الحرية لم يكن ثابتا فى الأم وقت الولادة حتى يسرى إلى الولد . ولو اختلفا فادعت ولادته بعد التدبير فالقول للمولى أنها قبله مع يمينه على العلم والبينة لها ، وتمامه فى البدائع والفتح (قوله مدبر) فيعتق بموت سيد أمه (قوله وذكر المصنف الخ) عبارته وولد المدبر كهو اه . ووقع نحوه فى بعض نسخ الهداية بلفظ : وولد المدبر مدبر .

ورده فى البحر بأن التبعية إنما هى للأم لا للأب . وأجاب ح بأن لفظ المدبر يتناول الذكر والأنثى كما مر فى لفظ المملوك ، ويكون المراد به فى عبارتهما الأنثى بقرينة ماقدمناه من أن الولد يتبع الأم فى التدبير لا الأب اه لكن هذا الجواب لايصح فى عبارة الشارح حيث عبر بقوله كأبيه ، فلو ذكر عبارة المصنف من غير تصرف فيها لكان أولى ط (قوله فتأمل) أمر بالتأمل لمخالفته لما مر من عدم تبعيته للأب. وفى بعض النسخ: قال وهو تحريف ظاهر ، لأن مابعده لم يذكره المصنف فى البيع الفاسد ولو كان ذكره لايناسب تفريعه على ما قبله كما قاله المحشى (قوله وأما تدبير الحمل فكعتقه) أى أنه يصح تدبيره وحده ، لكن قال فى الكافى: ولم يكن له أن يبيع الأم ولا يهبها ولا يمهرها ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر كان الولد مدبرا ، وإن لأكثر كان رقيقا اه وتقدم فى كتاب العتق أنه لو أعتق الحمل لم يجز بيع الأم وجاز هبتها ، ولو دبره لم تجز هبتها فى الأصح ، وتقدم وجه الفرق ، وهذا قبل الولادة فيجوز بعدها البيع والهبة (قوله وبطل التدبير) معنى البطلان كما قاله صاحب الذخيرة أنه لايظهر حكمه بعد الاستيلاد فكأنه بطل ، وليس المراد بطلانه بالكلية .

فإن قلت : مافائدة التدبير حينئذ؟ قلت : دخولها فى قوله كل مدبر لى حر فتعتق حالا ولا يتوقف عتقها إلى مابعد الموت ط (قوله وبيع الخ) قال فى البحر : بيان للمدبر المقيد وأحكامه .

وحاصله أن يعلق عتقه بموته على صفة لا بمطلقه أو بزيادة شىء بعد موته كإن مت وغسلت أو كفنت ودفنت فأنت حر فيعتق إذا مات استحسانا ، وإنما بيع المدبر المقيد لأن سبب الحرية لم ينعقد فى الحال للتردد فى هذا القيد لجواز أن لايموت منه فصار كسائر التعليقات ، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق موته وهو كائن لامحالة اه وأشار الشارح بقوله ووهب إلى أن المراد بالبيع الإخراج عن الملك لا خصوصه ط (قوله مما يقع غالبا) أى مما تقع حياته بعدها غالبا احترز به عن نحو إلى مائة سنة فإنه يكون مدبرا مطلقا ، وقد مر الكلام عليه ، ومعنى قوله إلى عشرين سنة : أى إن وقع موتى فى هذه المدة التى ابتداؤها هذا الوقت وتنتهى إلى عشرين ط وكذا إلى سنة ، فلو مات قبلها عتق وبعدها لا ، ولو فى رأسها فمقتضى الوجه لايعتق لأن الغاية هنا للإسقاط ، إذ لولاها تناول الكلام مابعدها فتح ملخصا . وأجاب فى البحر بأن هذا غير مطرد لانتقاضه فى لا أكلمه إلى غد فإن الغاية لا تدخل فى ظاهر الرواية فله أن يكلمه فى الغد مع أنها للإسقاط . ونازعه المقدسى بأن السنة ليست فى الحقيقة غاية ، فلابد أن يقدر إلى مضى سنة ، بخلاف الغد فإنه اسم لزمان مستقبل له اسم خاص دخل عليه إلى التى للغاية تأمل (قوله وكفنت) فى نسخ بأو وهى الموافقة لما فى البحر ط (قوله أو إن مت أو قتلت) أى بتردداه بين

ورجحه الكمال ، أو أنت حر بعد موتى وموت فلان مالم يمت فلان قبله فيصير مطلقا (أو أنت حر بعد موت فلان) كما فى الدرر والكنز ورده في البحر بما فى المبسوط وغيره من أنه ليس تدبيرا بل تعليقا ، حتى لو مات فلان والمولى حى عتق من كل المال . ولو مات المولى أولا بطل التعليق (ويعتق) المقيد (إن وجد الشرط) بأن مات من سفره أو مرضه ذلك (كعتق المدبر) من الثلث لوجود الإضافة للموت (قال إن مت من مرضى هذا فهو حر فقتل لايعتق ، بخلاف) مالو قال (فى مرضى) ففرق بين من وفى ولوله حمى فتحول صداعا أو بعكسه ، قال محمد هو مرض واحد مجتبى .

(وقيمة المدبر) المطلق (ثلثا قيمته قنا) به يفتى (و) المدبر (المقيد يقوّم قنا) درر عن الخانية . وفيها عنها

الجملتين ، فليس بمدبر مطلق عند أبى يوسف لأن الموت ليس بقتل وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة فى أحدهما خاصة بحر .

مطلب الكمال ابن الهمام من أهل الترجيح

(قوله ورجحه الكمال) أى رجح قوله زفر إنه مدبر مطلق بأنه أحسن ، لأنه فى المعنى تعليق بمطلق موته كيفما كان قتلا أو غير قتل ، وقدمنا غير مرة أن الكمال من أهل الترجيح كما أفاده فى قضاء البحر ، بل صرح بعض معاصريه بأنه من أهل الاجتهاد ولا سيما وقد أقره على ذلك فى البحر والنهر والمنح ، ورمز المقدسى والشارح وهم أعيان المتأخرين فافهم (قوله بعد موتى وموت فلان) أوموت فلان وموتى كافى الحاكم (قوله فيصير مطلقا) جواب للمفهوم ، والتقدير ، فإن مات فلان قبله صار الآن مدبرا مطلقا . قال فى الكافى : ألا ترى أنه لو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتى فكلم فلانا كان مدبرا ، وكذلك قوله : إن كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى فكلمه صار مدبرا اهـ . قال ح عن الهندية : فلو مات المولى قبل موت فلان لايصير مدبرا وكان للورثة أن يبيعوه (قوله من أنه) أى ماذكره من مسألة المتن ، وكذا قوله بعد موتى وموت فلان كما فى البحر (قوله حتى لو مات الخ) تفريع على كونه تعليقا ملضمن لبيان الفرق بينه وبين التدبير المقيد بعد اشتراكهما فى جواز البيع والعتق بالموت . والفرق هو أنه إن مات فلان فقط فى مسألة المتن عتق من كل المال ، وإن مات المولى أولا فى المسألتين بطل التعليق كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حر فمات المولى قبل الدخول والمدبر المقيد مثل المطلق لايعتق إلا بموت المولى ومن ثلث ماله لا كله (قوله بأن مات من سفره أو مرضه ذلك) أى أو فى المدة المعينة ، فلو أقام أو صح أو مضت المدة ثم مات لم يعتق لبطلان اليمين قبل الموت بحر (قوله من الثلث) متعلق بقوله ويعتق ، وذكره بيانا لوجه الشبه . وأفاد أنه يسعى فيما زاد وإن استغرق ففى كله ٧ كما فى الدرالمنتقى (قوله ففرق بين من وفى) ووجهه أن « من » تفيد أن الموت مبتدأ وناشىء من ذلك المرض ، بأن يكون ذلك المرض سبب الموت والقتل سبب آخر . وأما « فى » فإنها تفيد أن الموت واقع فى ذلك المرض سواء كان بسببه أو بسبب آخر (قوله فتحول) أعاد الضمير مذكرا مع أن الحمى مؤنثة على تأويلها بالمرض (قوله هو مرض واحد) لعل وجهه أن أحد هذين المرضين ينشأ عن الآخر غالبا فعدا مرضا واحدا وإلا فالمذكور فى كتب الطب أنهما مرضان ، ولعل تخصيص محمد بالذكر لكونه المخرج للفرع وإلا فلم أر له مقابلا أفاده ط (قوله به يفتى) وقيل هى قيمته قنا ، وقيل قيمة خدمته مدة عمره ، وقيل نصف قيمته قنا كالمكاتب ، وهو الأصح ، وعليه الفتوى باقانى . وفى البحر أنه مختار الصدر الشهيد والولوالجى . قال فى الدرالمنتقى فى باب عتق البعض قلت : ولكن المتون على الأول . ووجهه كما صرح به فى الهداية أن المنافع أنواع ثلاثة : البيع وأشباهه ، والاستخدام وأمثاله ، والإعتاق وتوابعه ، وبالتدبير فات البيع (قوله يقوّم قنا) فإذا

صحيح قال لعبده أنت حر قبل موتى بشهر فمات بعد شهر عتق من كل ماله . زاد فى المجتبى ولمولاه بيعه فى الأصح .

[فرع] قال مريض أعتقوا غلامى بعد موتى إن شاء الله صح الإيصاء ، وفى هو حر بعد موتى إن شاء الله لم يصح ، لأن الأول أمر والاستثناء فيه باطل والثانى إيجاب فيصح الاستثناء .

باب الاستيلاد

هو لغة : طلب الولد من زوجة أو أمة ، وخصه الفقهاء بالثانى .

(وإذا ولدت) ولو سقطا (الأمة)

لم يخرج من الثلث ولزمه السعاية فى ثلثى قيمته أوفى كلها يقوّم قنا لا مدبرا (قوله قبل موتى بشهر) أما لو قال بعد موتى بشهر فهو وصية بالإعتاق فلا يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصى كما فى البحر عن المجتبى (قوله عتق من كل ماله) فى الخانية : ولو مات بعد شهر ، قيل يعتق من الثلث ، وقيل من الكل لأن على قول الإمام يستند العتق إلى أول الشهر وهو كان صحيحا ، فيعتق من الكل وهو الصحيح . وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضى الشهر قبل موته اهـ وفى الظهيرية فإن مضى شهر كان مطلقا عند البعض . وقال بعضهم : هو باق على التقييد اهـ .

قلت : القول بعتقه من الثلث يصح بناؤه على كل من القولين الأخيرين ، وأما ماصححه فى الخانية من عتقه من الكل فهو على أنه غير مدبر أصلا ، لما علمت من أن المدبر المطلق والمقيد إنما يعتق من الثلث ، وقيد بأنه مات بعد شهر ؛ لما فى المجتبى من أنه لو مات المولى قبل مضى الشهر لا يعتق بالإجماع (قوله ولمولاه بيعه) قال فى الشرنبلالية وتقييد صحة بيعه بأن يعيش المولى بعد البيع أكثر من شهر لينتفى المحل للعتق حال المدة التى يليها موت المولى تأمل اهـ أى لأنه لو مات بعد البيع بأقل من شهر ظهر أنه وقت البيع كان حرا لإسناد العتق إلى أول الشهر الذى يليه الموت فافهم ، لكن هذا التقييد غير صحيح ، لما قالوا من أن الاستناد هو أن يثبت الحكم فى الحال ثم يستند إلى وقت وجود السبب ؛ حتى لو قال أنت حرة قبل موت فلان بشهر ثم باعها ثم مات فلان لتمام الشهر لم تعتق لعدم المحلية أى لعدم كونها محلا فى الحال ، وانظر مامر فى الطلاق فى الأحكام الأربعة فى باب الطلاق الصريح (قوله فى الأصح) راجع إلى قوله عتق من كل ماله ، وقوله ولمولاه بيعه (قوله لأن الأول أمر الخ) أى والأمر هو طلب الفعل من المأمور ، وهو أمر متحقق مع التلفظ به فلا يصح استثناؤه ، بخلاف أنت حر فإنه فى الأصل إخبار محتمل للصدق والكذب ثم استعمل لإنشاء الحرية فيصح استثناؤه نظرا لأصله كما مر فى بابه . وفرق فى الذخيرة هنا بأن الإيجاب يقع ملزما بحيث لا يقدر على إبطاله بعده فيحتاج إلى الاستثناء فيه حتى لا يلزمه حكمه والأمر لا يقع لازما فإنه يقدر على إبطاله بعزل المأمور به فلا يحتاج للاستثناء اهـ وسيأتى تمامه قبيل باب اليمين فى الدخول والخروج والله تعالى أعلم .

باب الاستيلاد

تقدم فى التدبير وجه المناسبة ، وهو على تقدير مضاف : أى أحكام الاستيلاد (قوله وخصه الفقهاء بالثانى) أى خصوا الاستيلاد بطلب الولد من الأمة : أى استلحاقه . قال فى الدر المنتقى : فأم الولد جارية استولدها الرجل بملك اليمين أو النكاح أو بالشبهة ثم ملكها ، فإذا استولدها بالزنا لا تصير أم ولد عندهم استحسانا ، وتصير أم ولد قياسا كما قال زفر اهـ ؛ لكن لو ملك الولد عتق عليه كما سيأتى فى الفروع (قوله ولو سقطا) قال فى البحر : أطلق فى الولد فشمل الولد الحى والميت ، لأن الميت ولد بدليل أنه يتعلق به أحكام الولادة ، حتى تنقضى به العدة

ولو مدبرة (من سيدها) ولو باستدخال منيه فرجها (بإقراره) وينبغى أن يشهد لئلا يسترق ولده بعد موته (ولو حاملا) كقوله: حملها ومافى بطنها منى كما مر فى ثبوت النسب وهذا قضاء، أما ديانة فيثبت بلا دعوة كاستيلاد معتوه ومجنون

وتصير به المرأة نفساء ؛ وشمل السقط الذى استبان بعض خلقه ، وإن لم يستبن شىء لا تكون أم ولد وإن ادعاه اهـ (قوله ولو مدبرة) فيجتمع لحريتها سببان التدبير والاستيلاد ، وقوله فى الباب السابق وبطل التدبير تقدم معناه (قوله من سيدها) أى المالك لها كلا أو بعضا ، وشمل المسلم والكافر ذميا أو مرتدا أو مستأمنا كما فى البدائع . قال فى الدر المنتقى : وسواء كان مولاها حقيقة أو حكما ، ليشمل ما إذا وطىء الأب جارية الابن ثم ولدت فادعاه (قوله ولو باستدخال الخ) تعميم للولادة : أى سواء كانت بسبب الوطء أو بإدخالها منيه فى فرجها (قوله بإقراره) أى بإقرار المولى بأن الولد منه منح ، ومثله فى الدرر، وقوله ولو حاملا: أى ولو كان إقراره حال كونها حاملا درر .

قلت : فالباء فى بإقراره بمعنى مع حال من الولادة المفهومة من ولدت ، وقوله ولو حاملا حال من إقراره، والمراد منه إقراره بالولد كما علمت ، فصار المعنى إذا ولدت من سيدها ولادة مقترنة بإقراره بالولد ولو كان إقراره بالولد فى حال كونها حاملا ، لأن الإقرار وإن كان قبل الولادة يبقى حكمه فيقارن الولادة . ولايخفى أن هذا المعنى صحيح ، فلا حاجة إلى تطريق احتمالات لاتصح وردها فافهم . وأفاد أن المدار على الإقرار والدعوى سواء ثبت النسب معها أولا ، لما قالوا من أنه لو ادعى نسب ولد أمته التى زوجها من عبده فإن نسبه إنما يثبت من العبد لامن السيد وصارت أم ولد له لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع ، وبه اندفع مافى الفتح من أنهم أخلوا بقيد ثبوت النسب كما حرره فى النهر .

قلت : لكن يرد عليه مالو زنى بأمة غيره وادعى أن الولد منه فإنها لاتصير أم ولده إذا ملكها عندنا كما مر، لأن أمومية الولد فرع ثبوت النسب ، وسيأتى آخر الباب مزيد بيان (قوله كقوله حملها الخ) قال فى النهر : ينبغى أن يقيد بما إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الاعتراف ؛ فإن وضعته لأكثر لاتصير أم ولد .

وفى الزيلعى : لو اعترف بالحمل فجاءت به لستة أشهر من وقت الإقرار لزمه للتيقن بوجوده، ويوافقه مافى المحيط : لو أقر أن أمته حبلى منه ثم جاءت بولد لستة أشهر يثبت نسبه منه لأنها صادفت ولدا موجودا فى البطن، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يلزمه النسب لأنا لم نتيقن بوجوده وقت الدعوى لاحتمال حدوثه بعدها ، فلا تصح الدعوى بالشك اهـ (قوله ومافى بطنها منى) لكن إن قال مافى بطنها من حمل أو ولد لم يقبل قوله إنها لم تكن حاملا وإنما كان ريحا ولو صدقته ، وإن لم يقل وصدقته يقبل كما فى البحر (قوله أما ديانة الخ) قال فى الفتح : فأما الديانة فالمروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه إن كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالإجماع ، لأن الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب ، وإن كان عزل عنها حصنها أولا أو لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جازله أن ينفيه لأن هذا الظاهر وهو كونه منه يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين (قوله كاستيلاد معتوه ومجنون) مقتضى التشبيه أنه يثبت بلا دعوة ديانة لا قضاء ، والمتبادر من نظم الوهبانية أنه يثبت قضاء أيضا . وأصله مافى القنية عن نجم الأئمة البخارى : متى ولدت الجارية من مولاها صارت أم ولد له فى نفس الأمر ، وإنما تشترط دعوته للقضاء ، ولهذا يصح استيلاد المعتوه والمجنون مع عدم الدعوة منهما اهـ . قال العلامة عبد البر بن الشحنة فى شرح النظم : وعامة المصنفين لم يستثنوا هاتين الصورتين من القاعدة المقررة فى المذهب أنه لايثبت النسب فى ولد الأمة الأول إلا بالدعوة اهـ . وظاهره أنه فهم

وهبانية (أو) ولدت (من زوج) تزوجها ولو فاسدا كوطء بشبهة فولدت (فاشتراها الزوج) أى ملكها كلا أو بعضا (فهى أم ولد) من حين الملك ، فلو ملك ولدها من غيره فله بيعه ، وكذا لو استولدها بملك ثم استحقت

أن المراد ثبوت الاستيلاد فيهما قضاء وإلا فلا حاجة إلى التنبيه ، على أن عامتهم لم يستثنوهما ، وهكذا فهم فى البحر حيث قال : فهذا إن صح يستثنى وهو مشكل ، فإن الاستثناء والإشكال فى ثبوته قضاء لا فى ثبوته ديانة كما لايخفى وهكذا فهم فى النهر أيضا حيث أجاب عن الإشكال بأنه يمكن أن تكون الدعوى من وليه كعرض الإسلام عليه بإسلام زوجته اه .

واعترضه بعضهم بأن الفرق ظاهر ، إذ فى دعوى الولى تحميل النسب على الغير . ثم لايخفى أن المشكل الذى فيه الكلام هو ما إذا كان للمجنون أو المعتوه أمة يطؤها فولدت ، أما إذا كانت له زوجة هى أمة للغير ولدت منه وثبت نسب الولد منه بحكم الفراش ثم ملكها فلا شبهة فى أنها تصير أم ولد له قضاء بلا دعوى كالعاقل ، فحمل كلام النظم والقنية عليه غير صحيح ، بل هو محمول على ماقلنا فافهم ، ولكن الحق أن ثبوته فى القضاء مشكل إذ هو فرع العلم بالوطء وهذا عسير ، فمجرد ولادتها فى ملكه بدون دعوى صحيحة لايثبت به الاستيلاد ولا النسب فلذا لم يستثنه عامة المصنفين من القاعدة المذكورة ، فالأقرب حمل كلام القنية على مافهمه الشارح من ثبوته ديانة لاقضاء وإن خالف مافهمه غيره . والمعنى أنها إذا ولدت له ثم أفاق وعلم أنه وطئها فى حال جنونه وأن هذا الولد منه صارت أم ولد له فى نفس الأمر ، ووجب عليه ديانة أن يدعيه وأن لايبيعها وإلا فلا ، هذا ماظهرلى تحريره ، والله سبحانه أعلم (قوله من زوج) خرج مالو ولدت من زنا فملكها الزانى كما فى البحر ، وسيأتى فى الفروع (قوله ولو فاسدا) كنكاح بلا شهود (قوله كوطء بشبهة) تنظير لا تمثيل للفاسد ، لأن المراد به ماليس بعقد أصلا ، كما لو وطئها على ظن أنها زوجته (قوله فاشتراها الزوج) الأولى أن يزيد أو الواطئ ليشمل الشبهة (قوله أى ملكها) تعميم للشراء ليدخل فيه الملك بإرث أو هبة ، وقوله كلا أو بعضا تعميم للضمير المفعول ، وأفاد به عدم تجزئ الاستيلاد .

وفى الدر المنتقى : هل يتجزأ الاستيلاد؟ فى التبيين نعم ، وفى غيره لا إذا أمكن تكميله اه . وفى البدائع الاستيلاد لايتجزأ عندهما كالتدبير ، وعنده هو متجزئ إلا أنه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو إمكان التكامل . وقيل لايتجزأ عنده أيضا ، لكن فيما يحتمل النقل فيه ويتجزأ فيما لايحتمله كأمة بين اثنين ولدت فادعاه أحدهما صارت أم ولد له ، وإن ادعياه جميعا صارت أم ولد لهما (قوله أو بعضا) بأن اشتراها هو وآخر فتصير أم ولد للزوج ويلزمه قيمة نصيب شريكه ، وتمامه فى البحر (قوله من حين الملك) أى لا من حين العلوق بحر (قوله فلو ملك ولدها من غيره) يعنى الولد الحادث قبل ملكه إياها . قال فى الفتح : وفى المبسوط : لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولد وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا لزفر ، بخلاف الحادث فى ملكه من غيره فإنه فى حكم أمه اه .

[تنبيه] استثنى فى الفتح من قولهم : إن الحادث فى ملكه من غيره حكمه كأمه ما إذا كان جارية فإنه لايستمتع بها لأنه وطئ أمها . وزاد فى البحر : مالو سرى أم ولد الغير من رجل جاهلا بحالها فولدت له ثم استحقها مولاها فله على المشترى قيمة الولد للغرور ، وكان ينبغى أن لايلزمه شىء عند الإمام لأن ولد أم الولد لا مالية فيه كأمه إلا أنه ضمن عنده لأن عدم ماليته بعد ثبوت حكم أمية الولد فيه ولم يثبت لعلوقه حر الأصل فلذا يضمن بالقيمة اه (قوله وكذا لو استولدها بملك) عطف على قوله أو ولدت من زوج : أى وكذا تكون أم ولد استولدها ثم استحقت أو لحقت ثم ملكها اه ح (قوله ثم استحقت) أى استحقها الغير ، بأن أثبت أنها أمته ؛ قال ح :

أو لحقت ثم ملكها ، فإن عتق أم الولد يتكرر بتكرر الملك كالمحارم ، بخلاف المدبرة (حكمها) أى المستولدة (كالمدبرة) وقد مر (إلا) في ثلاثة عشر مذكورة فى فروق الأشباه والبيع الفاسد من البحر : منها (أنها تعتق بموته من كل ماله) والمدبرة من ثلثه (من غير سعاية) والمدبرة تسعى ، ولو قضى بجواز بيعها لم ينفذ بل يتوقف على قضاء قاض آخر إمضاء وإبطالا ذخيرة ، وينفذ فى المدبرة كما مر

وينبغى أن يكون ولدها حرا بالقيمة لأنه مغرور (قوله فإن عتق أم الولد يتكرر) يعنى أن كونها أم ولد يتكرر وأطلق عليه العتق لأنه إعتاق ما لا الحديث «أعتقها ولدها» .

وحاصله أن الاستحقاق أو اللحاق لاينافى عودها أم ولد بتجدد الملك ولو بعد إعتاقها ، لأن سبب صيرورتها أم ولد قائم وهو ثبوت النسب منه فافهم ، وماذكره مأخوذ من الخانية ، ونصها : عتق أم الولد يتكرر بتكرر الملك كعتق المحرم يتكرر بتكرر الملك ، وتفسيره : أم الولد إذا أعتقها وارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت واشتراها المولى فإنها تعود أم ولد له ، وكذا لو ملك ذات رحم محرم منه وعتقت عليه ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها عتقت عليه وكذا ثانيا وثالثا اهـ (قوله بخلاف المدبرة) أى فإنه إذا أعتقها ثم ارتدت وسبيت فملكها لاتصير مدبرة . والفرق أن عتق المدبرة وصل إليها بالإعتاق وبطل التدبير فلا يبقى عتقها معلقا بالموت ، بخلاف الاستيلاد فإنه لايبطل بالإعتاق والارتداد لقيام سببه وهو ثبوت نسب الولد بحر (قوله حكمها كالمدبرة) فى كونها لايمكن تمليكها بعوض ولا بدونه (قوله وقد مر) فى قوله لاتباع المدبرة .

مطلب فى القضاء بجواز بيع أم الولد

(قوله فى ثلاثة عشر) قال فى البيع الفاسد من البحر وفى فتح القدير هنا : اعلم أن أم الولد تخالف المدبر فى ثلاثة عشر حكما : لاتضمن بالغصب وبالإعتاق والبيع ، ولا تسعى لغريم ، وتعتق من جميع المال ، وإذا استولد أم ولد مشتركة لم يتملك نصيب شريكه ، وقيمتها الثلث ، ولاينفذ القضاء بجواز بيعها ، وعليها العدة بموت السيد أو إعتاق ؛ ويثبت نسب ولده بلا دعوة ، ولايصح تدبيرها ، ويصح استيلاد المدبرة ولا يملك الحربى بيع أم ولده ويملك بيع مدبره ، ويصح استيلاد جارية ولده ولا يصح تدبيرها كذا فى التنقيح اهـ ح وذكر منها هنا أربعة (قوله تعتق بموته) أى ولو حكما كلحاقه بدار الحرب مرتدا ، وكذا المستأمن لو عاد إلى دار الحرب فاسترق وله أم ولد فى دار الإسلام نهر (قوله من كل ماله) هذا إذا كان إقراره بالولد فى الصحة أو المرض ومعها ولد أو كانت حبلى ، فإن لم يكن شىء من ذلك عتقت من الثلث لأنه عند عدم الشاهد إقرار بالعتق وهو وصية ، كذا فى المحيط وغيره نهر ، وسيأتى فى الفروع (قوله والمدبرة تسعى) أى إن لم تخرج من الثلث على مامر تفصيله .

مطلب فى قضاء القاضى بخلاف مذهبه

(قوله ولو قضى بجواز بيعها) أى قضى به حنفى مثلا على إحدى الروايتين عن الإمام من أن القاضى لو قضى بخلاف رأيه ينفذ قضاؤه : أى مالم يقيده السلطان بمذهب خاص ، أما على الرواية الأخرى وهو قولهما المرجح لاينفذ مطلقا فيراد القاضى المقلد لداود الظاهرى فإنه يقول بجواز بيعها ، وله واقعة مع أبى سعيد البردعى شيخ الكرخى حكاها الزيلعى وغيره ، وذكرها ح فراجعه (قوله لم ينفذ) هذا عند محمد وعليه الفتوى ، وقالا : ينفذ ، والخلاف مبنى على خلاف فى مسألة أصولية ، هى أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم ؟ عندهما لايرفع لما فيه من تضليل بعض الصحابة رضى الله تعالى عنهم ؛ وعنده يرفع ح عن المنح . وذكر فى التحرير أن الأظهر من الروايات أنه لاينفذ عندهم جميعا اهـ . ومفاده ارتفاعه عندهم فيثبت الإجماع المتأخر لأنه حيث ارتفع

(وإن ولدت بعده ولدا ثبت نسبه بلا دعوى) إذا لم تحرم عليه بنحو نكاح أو كتابة أو وطء ابنه أوالمولى أمها ، فحينئذ لو ولدت لأكثر من ستة أشهر لايثبت إلا بدعوة ، إلافي المزوجة فلايثبت بل يعتق عليه بدعوته ولو لأقل

الخلاف المتقدم لم يبق فى المسألة قول آخر ، فكان القضاء به قضاء بما لا قائل به فلا ينفذ لمخالفته الإجماع .

قلت : لكن المقرر فى كتاب القضاء كما سيأتى تحريره إن شاء الله تعالى أن الحكم ثلاثة أنواع : منه مالايصح أصلا وإن نفذه ألف قاض ، وهو ماخالف كتابا أو سنة مشهورة أو إجماعا ، ومنه ماثبت فيه الخلاف قبل الحكم ويرتفع بالحكم ،حتى لو رفع إلى قاض آخر لايراه أمضاه . ومنه ماثبت فيه الخلاف بعد الحكم أى وقع الخلاف فى صحة الحكم به ، فهذا إن رفع إلى قاض آخر ، فإن كان لايراه أبطله ، وإن كان يراه أمضاه ، ومقتضى قوله بل يتوقف الخ أنه من هذا النوع ، ومقتضى كونه مخالفا للإجماع أنه من النوع الأول ، وبه صرح الشارح فى كتاب القضاء حيث قال عند قول المصنف أو إجماعا كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده وكبيع أم ولد على الأظهر ، وقيل ينفذ على الأصح ، فجعل عدم النفاذ مبنيا على مخالفته للإجماع ، وعليه فلا يصح قوله بل يتوقف الخ فتأمل .

ثم رأيت فى التحرير عزا قوله بل يتوقف إلى الجامع . ووجهه بأن الإجماع المسبوق بخلاف مختلف فى كونه إجماعا ففيه شبهة كخبر الواحد فكذا فى متعلقه وهو ذلك الحكم المجمع عليه ، فكان القضاء به نافذا لأنه غير مخالف للإجماع القطعى . وقال شارحه : ثم الأظهر أن الخلاف فى القضاء ببيع أم الولد فى نفس القضاء كما فى متعلقه الذى هو جواز البيع لافى نفس متعلقه فقط ، فيتجه مافى الجامع لأن قضاء الثانى هو الذى يقع فى مجتهد فيه أعنى الأول ، فلذا قال فى الكشف وهذا أوجه الأقاويل اهـ والله سبحانه أعلم .

[فرع] باع أم ولده والمشترى يعلم بها فولدت فادعاه فهو للبائع ، لأن له فراشا عليها ، فإن نفاه ثبت من المشترى استحسانا وكذا لو لم يعلم المشترى إلا أن الولد يكون حرا لو نفاه البائع ، ولو باع مدبرته ووطئها المشترى عالما بها فولدت منه ثبت منه ولم يعتق ورده مع أمه إلى البائع لأنه غير مغرور محيط (قوله وإن ولدت بعده) أى بعد الولد الذى ثبت منه باعترافه أو بنكاحه (قوله إذا لم تحرم) قيد لقوله بلا دعوى (قوله بنحو نكاح) أى من كل حرمة مزيلة للفراش ، بخلاف الحرمة بالحيض والنفاس والصوم والإحرام ، وأدخل بلفظ نحو الاشتراك فيها ، فلو ولدت المشتركة ولدا ثانيا لم يثبت بلا دعوى كما سيذكره قبيل قوله وهى أم ولدهما ويأتى بيانه ، أوكانت الحرمة بسبب إرضاعها زوجته الصغيرة نهر (قوله أو وطء ابنه) مصدر مضاف لفاعله ، والمراد أن يطأها أحد أصوله أو فروعه (قوله أو المولى أمها) المراد أن يطأ المولى إحدى أصولها أو فروعها ح (قوله فحينئذ) أى فحين إذ حرمت عليه بأحد هذه الأشياء اهـ ح (قوله لأكثر من ستة أشهر) كذا فى البحر عن البدائع .

قال ح : والأولى لستة أشهر فأكثر كما لايخفى (قوله لايثبت إلا بدعوة) لأن الظاهر أنه ماوطئها بعد الحرمة فكانت حرمة الوطء كالنفى دلالة ، فإن ادعاه يثبت لأن الحرمة لاتزيل الملك (قوله فلا يثبت) لأن الولد للفراش وهو الزوج (قوله ولو لأقل الخ) قال فى البحر بعد عزوه مامر للبدائع : وظاهر تقييده بالأكثر من الستة أنها لو ولدته بعد عروض الحرمة لأقل من ستة أشهر فإنه يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروضها ، وقدذكره فى فتح القدير بحثا اهـ أى فقد وافق بحثه مفهوم الرواية فافهم ، لكن ينبغى تقييد هذا بما إذا زوجها المولى غير عالم بالحمل لما فى التوشيح وغيره من أنه ينبغى أنه لو زوجها بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح ويكون نفيا اهـ ذكره فى البحر وغيره فى فصل محرمات النكاح ، وقدمناه فى نكاح العبد والمدبرة والقنة كأم الولد بالأولى

من ستة أشهر ثبت بلا دعوة وفسد النكاح لندب استبرائها قبله بحر ، وقدمناه فى نكاح الرقيق وثبوت النسب (لكنه ينتفى بنفيه من غير توقف على لعان) لأن الفراش أربعة : ضعيف للأمة ومتوسط لأم الولد، وعلم حكمهما، وقوى للمنكوحة فلا ينتفى إلا باللعان ، وأقوى للمعتدة فلاينتفى أصلا لعدم اللعان (إلا إذا قضى به قاض) غير حنفى يرى ذلك فيلزمه بالقضاء (أو تطاول الزمان) وهو ساكت كما مر فى اللعان لأنه دليل الرضابحر (فلا) ينتفى بنفيه فى هاتين الصورتين (إذا أسلمت أم ولد الذمى) يعنى الكافر أومدبرته مسكين(عرض عليه الإسلام فإن أسلم فهى له وإلاسعت) نظرا للجانبين ، لأن خصومة الذمى

لأنه إذا كان نفيا فيما يثبت بالسكوت ففيما لايثبت إلا بالدعوة أولى كما فى النهر من المحرمات (قوله لندب استبرائها قبله) أى استبراء المولى إياها قبل النكاح ، وظاهره أن العلة فى فساد النكاح ندب الاستبراء وأن ذلك مذكور فى البحر ، وليس كذلك بل العلة فى فساده ظهور الحبل قبل تمام الستة أشهر كما تفيده عبارة البحر ، حيث قال : وأفاد بالتزويج أنه لايجب عليه الاستبراء . قالوا : هو مستحب كاستبراء البائع لاحتمال أنها حبلت منه فيكون النكاح فاسدا فكان تعريضا للفساد اه ط .

قلت : وقدمنا فى فصل المحرمات أن الصحيح وجوب الاستبراء قبل التزويج ، وقوله لاحتمال الخ يفيد أنه لو تحقق حبلها منه بأن ولدت لأقل من ستة أشهر يكون النكاح فاسدا سواء استبرأها أو لا ، ويفيده عبارة كافى الحاكم حيث قال : ولا ينبغى له أن يزوج أم ولده حتى يستبرئها ، فيعلم أنها ليست بحامل ، فإن زوّجها فولدت لأقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد اه . ووجهه أن الاستبراء علامة ظاهرة باعتبار الغالب وإلا فقد تكون حاملا ، وما رأته من الدم استحاضة ، والولادة لأقل من ستة أشهر من وقت التزويج دليل قطعى على كونها حاملا وقته ، فلا تعارضه العلامة الظاهرة الغالبة . ولا يقال : إن تزويجها بعد الاستبراء يكون نفيا للولد فلا يثبت منه ، لأنا نقول : إنما يكون نفيا له إذا علم بوجوده كما مر عن التوشيح ، أما إذا زوّجها على ظن عدم وجوده ثم علم أنه موجود فمن أين يكون نفيا لنسبه فافهم (قوله للأمة) فإنه لايثبت إلا بالدعوة ، وينتفى بلا لعان (قوله لأم الولد) يثبت بلا دعوة ، وينتفى بلا لعان ، ويملك نقل فراشها بالتزويج (قوله للمعتدة) أى معتدة البائن ح (قوله لعدم اللعان) لأن شرط اللعان قيام الزوجية ، بأن تكون منكوحة أو معتدة رجعى كما تقدم فى بابه ح (قوله إلا إذا قضى به) استثناء من قوله لكنه ينتفى بنفيه ط (قوله غير حنفى) أما الحنفى فليس له الحكم من غير صريح الدعوى بحر (قوله يرى ذلك) أى يرى صحة القضاء بأنه ولده بعد نفيه من غير دعوى (قوله كما مر فى اللعان) حيث قال هناك نفى الولد الحى عند التهنئة ومدتها سبعة أيام عادة وعند ابتياع آلة الولادة صح ، وبعده لا لإقراره به دلالة اه (قوله لأنه دليل الرضا) عبارة البحر لأن التطاول دليل إقراره لوجود دليله من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح (قوله فى هاتين الصورتين) زاد فى الشرنبلالية مالو أعتقها فإنه يثبت نسب ولدها إلى سنتين من يوم الإعتاق ، كما إذا مات ولا يمكن نفيه لأن فراشها تأكد بالحرية اه (قوله يعنى الكافر) أى ليشمل الحربى المستأمن أما الذى فى دار الحرب فلا يتمكن من عرض الإسلام عليه ، فهو معلوم أنه غير مراد فافهم (قوله أو مدبرته) ذكره فى البحر والنهر أيضا (قوله نظرا للجانبين) أى جانب أم الولد بدفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا وجانب الذمى ليصل إلى بدل ملكه .

مطلب خصومة الذمى أشد من خصومة المسلم

(قوله لأن خصومة الذمى الخ) فى الخانية من الغصب : مسلم غصب من ذمى مالا أو سرقه فإنه يعاقب عليه يوم القيامة لأنه أخذ مالا معصوما والذمى لايرجى منه العفو ، بخلاف المسلم فكانت خصومة الذمى أشد ، وعند

والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم (فى ثلث (قيمتها) قنة (وعتقت بعد أدائها) أى القيمة التى قدرها القاضى (وهى مكاتبة فى حال سعايتها) إلا فى صورتين (بلا رد إلى الرق لو عجزت) إذ لو ردت لأعيدت ، (ولو مات قبل سعايتها) ولها ولد ولدته فى سعايتها سعى فيما عليها وإلا (عتقت مجانا) لأنها أم ولد ، وكذا حكم المدبر فيسعى فى ثلثى قيمته .

(ولو أسلم قن الذمى عرض الإسلام عليه ، فإن أسلم فبها وإلا أمر ببيعه) تخلصا من يد الكافر ذكره مسكين (فإن ادعى ولد أمة مشتركة) ولو مع ابنه (ثبت نسبه منه) ولو كافرا أو مريضا أو مكاتبا ، لكنه إن عجز فله بيعها (وهى أم ولده وضمن) يوم العلوق

الخصومة لايعطى ثواب طاعة المسلم للكافر لأنه ليس من أهل الثواب ، ولا وجه لأن يوضع على المسلم وبال كفر الكافر فيبقى فى خصومته ، وعن هذا قالوا : إن خصومة الدابة تكون أشد من خصومة الآدمى على الآدمى اهـ (قوله فى ثلث قيمتها قنة) كذا قاله الإتقانى ، بأن يقدر القاضى قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة ، وهى وإن كانت عند الإمام غير متقومة إلا أن الذمى يعتقد فى هذا تقومها أفاده فى النهر ومثله فى الفتح (قوله إذ لو ردت) أى إلى الرق لأعيدت مكاتبة لقيام الموجب مالم يسلم مولاها عينى (قوله ولو مات قبل سعايتها ولها ولد الخ) كذا فى عامة النسخ ، وفى بعضها : ولو مات قبل سعايتها عتقت بلا سعاية ، ولو ماتت هى ولها ولد الخ وهى الصواب لأن قوله ولها ولد إنما يناسب موتها هى لاموت سيدها ، لكن يبقى قوله وإلا عتقت مجانا غير مرتبط بما قبله ولامعنى له فكان عليه أن يقول بعد تمام عبارة المصنف : ولو ماتت هى ومعها ولد ولدته فى سعايتها سعى فيما عليها كما عبر به فى شرحه على الملتقى (قوله فيسعى فى ثلثى قيمته) أى قنا ، وقيل فى نصفها كامر (قوله وإلا أمر ببيعها) لأن البيع هنا ممكن ، بخلاف أم الولد والمدبر (قوله ذكره مسكين) أى ذكر تقييد الجبر على البيع بعرض الإسلام عليه وإبائه كما فى البحر (قوله ولو مع ابنه) فى بعض النسخ : ولو مع أبيه بالموحدة ثم المثناة وهى الموافقة لقوله فى الدر المنتقى ولو كان الشريك أباه . واعترضها ج بأنها غير صحيحة ، واستدل لذلك بقول البحر : وشمل ما إذا كان المدعى منهما الأب ، كما إذا كانت مشتركة بين الأب وابنه فادعاه الأب صح ولزمه نصف القيمة والعقر كالأجنبى ، بخلاف ما إذا استولدها ولا ملك له فيها حيث لايجب العقر عندنا اهـ .

قلت : وفيه نظر ظاهر ، إذ لامانع من دعوى الابن ولد الأمة المشتركة مع أبيه ، نعم يقدم الأب إذا ادعاه معه كما يأتى ولا دعوى هنا إلا من واحد ، وتخصيص صاحب البحر بكون المدعى الأب لبيان الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة أخرى وهى ما إذا ادعى ولد أمة ابنه حيث لايجب عليه العقر ، لأنه إذا لم يكن للأب فيها ملك مست الحاجة إلى إثبات الملك فيها سابقا على الوطء نفيا له عن الزنا فلا عقر ، وإذا كان له فيها ملك فى شقص منها لم يكن زنا وانتفت الحاجة فيلزمه نصف العقر فافهم (قوله ثبت نسبه منه) لأن النسب إذا ثبت منه فى نصفه لمصادفته ملكه ثبت فى الباقى ، ضرورة أنه لايتجزأ لما أن سببه وهو العلوق لايتجزأ ، إذ الولد الواحد لايعلق من ماءين درر (قوله أو مكاتبا الخ) فى كافى الحاكم : وإذا كانت الجارية بين حر ومكاتب فولدت ولدا فادعاه المكاتب فإن الولد ولده والجارية أم ولد له ، ويضمن نصف قيمتها يوم علقت منه ونصف عقرها ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئا ، فإن ضمن ذلك ثم عجز كانت الجارية وولدها مملوكين لمولاه ، وإن لم يضمنه ذلك ولم يخاصمه رجع نصف الجارية ونصف الولد للشريك الحر اهـ (قوله لكنه إن عجز فله بيعها) قد علمت أنه إن عجز بعد الضمان صارت الجارية وولدها لمولاه ، وإن عجز قبله رجع نصف الجارية والولد للشريك ، وحينئذ فالضمير فى له بيعها على الأول يرجع للمكاتب يعنى بإذن مولاه أو للمولى ، وعلى الثانى يرجع للشريك ويكون المراد فى بيعها بيع حصته منها فافهم (قوله يوم العلوق) الأولى ذكره بعد قوله نصف قيمتها ونصف عقرها ، فإن كلا من القيمة

(نصف قيمتها ونصف عقرها) ولو معسرا (لاقيمة ولدها) لأنه علق حر الأصل (وإن ادعياه معا) أو جهل السابق (وقد استويا) وقت الدعوة لا العلوق (فى الأوصاف فهو ابنهما) فلو لم يستويا قدم من العلوق فى ملكه ولو بنكاح وأب ومسلم وحر وذمى وكتابى على ابن وذمى وعبد ومرتد

والعقر يعتبر يوم العلوق كما فى الفتح وغيره (قوله نصف قيمتها)لأنه تملك نصيب صاحبه حين استكمل الاستيلاد درر (قوله ونصف عقرها) لأنه وطئ جارية مشتركة ، إذ ملكه يثبت بعد الوطء حكما للاستيلاد فيعقبه الملك فى نصيب صاحبه درر ، وقدمنا فى أول باب المهر عن الفتح أن العقر هو مهر مثلها فى الجمال : أى ما يرغب به فى مثلها جمالا فقط (قوله ولو معسرا) لأنه ضمان تملك ، بخلاف ضمان العتق كما تقرر فى موضعه درر (قوله لأنه علق حر الأصل) إذ النسب يستند إلى وقت العلوق والضمان يجب فى ذلك الوقت فيحدث الولد على ملكه ولم يعلق منه شئ على ملك شريكه درر .

[تنبيه] قيد المسألة فى الفتح بقوله هذا إذا حملت على ملكهما ، فلو اشترياها حاملا فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لأنه لايمكن استناد الاستيلاد إلى وقت العلوق لأنه لم يحصل فى ملكها ولذا لايجب عليه عقر لشريكه هنا ، وتمامه فيه (قوله وإن ادعياه معا) قيدبالمعية لأنه لوسبق أحدهما بالدعوة فالسابق أولى كائنا من كان جوهرة ، وكونهما اثنين غير قيد عنده، بل عند أبى يوسف . وعند محمد يثبت من ثلاثة لاغير وعند زفر من خمسة (قوله وقد استويا الخ) أى بأن يكونا مالكين أجنبيين مسلمين أو حرين أو ذميين أو مجوسيين (قوله وقت الدعوة الخ) فلو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا وقت العلوق ثم أسلم الذمى وقت الدعوة كانا متساويين وكان لها كما ذكره فى غاية البيان (قوله قدم من العلوق فى ملكه) قال فى الفتح : إذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعنى لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الأول أولى لكون العلوق فى ملكه اهـ وكان المناسب أن يقول لأقل من ستة أشهر من بيع النصف ، بدليل قوله لكن العلوق فى ملكه ، وبدليل مايأتى فى مسألة النكاح اهـ ح .

وفى كافى الحاكم من باب دعوة الحمل : وإذا كانت الأمة بين رجلين فولدت ولدا فادعياه جميعا وقد ملك أحدهما نصيبه منذ شهر والآخر منذ ستة أشهر قدم صاحب الملك الأول (قوله ولو بنكاح) قال فى الفتح : إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لأقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهى أم ولد الزوج ، فإن نصيبه صار أم ولد له ، والاستيلاد لا يحتمل التجزى عندهما ولا بقاءه عنده فيثبت فى نصيب شريكه أيضا اهـ ح (قوله وأب) معطوف على من فى قوله قدم من العلوق فى ملكه ط (قوله على ابن الخ) لف على سبيل النشر المرتب ط (قوله ومرتد) كذا وقع فى البحر وتبعه فى النهر والشرنبلالية ، وهو سبق قلم من صاحب البحر لمخالفته لما فى كافى الحاكم وغاية البيان والفتح والزيلعى من تقديم المرتد على الذمى لأنه أقرب إلى الإسلام ، أى لأنه يجبر على الإسلام فيكون الولد مسلما ، وهذا أنفع له . ونقل ط عن أبى السعود التنبيه على أنه سبق قلم كما قلنا .

ثم اعلم أن مقتضى تقديم أحدهما فى هذه المسائل وهو من وجد معه المرجح أنه يصير حكمه حكم مالو ادعاه أحد الشريكين فقط ، لما سمعت من عبارة الفتح من أنها تصير أم ولد الزوج ويثبت النسب منه ، وعليه فيضمن نصف قيمتها ونصف عقرها ، هذا ماظهر لى فاغتنمه فإنى لم أر من صرح به .

ثم رأيت فى كافى الحاكم الشهيد مانصه : وإذا كانت الجارية بين مسلم وذمى ومكاتب وعبد فادعوا جميعا ولدها فدعوة المسلم أولى وإن كان نصيبه أقل الأنصباء ، وعليه ضمان حصة شركائه من قيمة الأم والعقر ، وعلى

ومجوسى ، ثم لايثبت نسب ولد ثان بلا دعوة لحرمة الوطء كما مر (وهى أم ولدهما) إن حبلت فى ملكهما ، لالو اشترياها حبلى لأنها دعوة عتق فولاؤه لهما ، وبادعاء أحدهما يضمن نصف قيمة الولد لاالعقر (وعلى كل نصف عقرها وتقاصا إلا إذا كان نصيب أحدهما أكثر فيأخذ منه الزيادة) لأن المهر بقدر الملك

كل واحد من الآخرين حصة شركائه من العقر لإقراره بالوطء إلا أن العبد يؤخذ به بعد العتق اه فهذا صريح فيما قلنا ، ولله الحمد (قوله ثم لايثبت الخ) أقول : هذا راجع لأصل المسألة ، وهو ما إذا ادعياه معا وقد استويا فى الأوصاف وثبت نسبه منهما لا لصور الدعوى مع المرجح وإن أوهم كلامه تبعا للبحر والنهر خلافه ، لما علمت من تقديم من معه الترجيح وأنها تصير أم ولده ويثبت النسب منه ، وحيث صارت أم ولده وحده لم يبق له شريك فيها فلا يحرم وطؤها عليه ، فإذا جاءت بولد ثان يثبت منه بلا دعوى ؛ كما لو ادعاه أحد الشريكين فقط وقد نقل فى البحر والنهر المسألة عن المجتبى . والذى فى المجتبى دليل لما قلنا ، فإنه قال فى تعليل أصل المسألة ولأنهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فيه ؛ حتى لو وجد المرجح لا يثبت منهما ، بأن كان أحدهما أبا الآخر أو كان مسلما والآخر ذميا ثبت من الأب والمسلم لوجود المرجح ، ولما ثبت نسبه منهما صارت أمه أم ولد لهما ويقع عقرها قصاصا ، ولو جاءت بآخر لم يثبت نسبه من واحد إلا بالدعوى لأن الوطء حرام فتعتبر الدعوى اه ، فقوله ولما ثبت نسبه منهما راجع لأصل المسألة لا لمسألة المرجح ، لقوله فى مسألة المرجح لايثبت منهما ، فقوله ولو جاءت بآخر من فروع أصل المسألة أيضا كما هو ظاهر فافهم ، واغتنم هذا التحرير فإنه من فتح القدير (قوله كما مر) أى فى قوله إذا لم تحرم عليه ح (قوله وهى أم ولدهما) فتخدم كلامنهما يوما ، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحى فى تركة الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت ، ولا تسعى للحى عند أبى حنيفة لعدم تقومها ، وعلى قولهما تسعى فى نصف قيمتها بحر (قوله إن حبلت فى ملكهما) بأن ولدت لستة أشهر فأكثر من يوم الشراء ح عن البحر (قوله لا) أى لا تكون أم ولد لهما لو اشترياها حبلى ، بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء فادعياه ، وكذا لو اشترياها بعد الولادة ثم ادعياه بحر (قوله لأنها دعوة عتق) أى لادعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة ، بخلاف دعوى الاستيلاد فإن شرطها كون العلوق فى الملك وتستند الحرية إلى وقت العلوق فيعلق حرا اه فتح .

وحاصله أن قول كل منهما هذا الولد ابنى تحرير منهما ، ولا تصير أمه أم ولد لهما ، ولا يجب على كل واحد منهما العقر لصاحبه لعدم الوطء فى ملكه كما فى الزيلعى (قوله فولاؤه لهما) تفريع على كونها دعوة عتق من كل منهما فكأنّ كل واحد أعتق نصيبه منه فيكون ولاؤه له ، لكن صرح الزيلعى وكذا فى الدرر بثبوت النسب منهما ، فحيث ثبت النسب فما فائدة الولاء تأمل ، نعم تقدم أول العتق أنه إذا قال هذا ابنى عتق مطلقا ؛ وكذا يثبت نسبه إذا صلح ابنا له وكان مجهول النسب وإلا لم يثبت نسبه ، وبه يحصل التوفيق تأمل (قوله يضمن نصف قيمة الولد) أى لأنها دعوة إعتاق فيضمن حصة شريكه من الولد ، بخلاف ما إذا حبلت فى ملكهما فإنه لايضمنه كما مر فى قوله لاقيمة ولدها (قوله لا العقر) لعدم الوطء فى ملك صاحبه (قوله وعلى كل نصف عقرها) لأن الوطء فى المحل المحترم لايخلو عن عقر أو عقر ، وقد تعذر الأول للشبهة فتعين الثانى نهر (قوله وتقاصا) أى سقطا ما على كل واحد منهما للآخر بما له على الآخر إن تساويا .

قال فى النهر : وفائدة إيجاب العقر مع هذا أنه لو أبرأ أحدهما صاحبه بقى حق الآخر ، ولو قوّم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب (قوله فيأخذ منه الزيادة) وكذا الغلة

(بخلاف البنوة والإرث والولاء فإن ذلك لهما سوية وإن كان أحدهما أكثر نصيبا من الآخر) لعدم تجزى النسب فيكون سوية لعدم الأولوية ويتبعه الإرث والولاء (وورث الابن من كل إرث ابن) كامل (وورثا منه إرث أب) واحد ، وكذا الحكم عند الإمام لو كثروا ولو نساء ؛ وتمامه فى البحر . وفيه : لو مات أحدهما أو أعتقها عتقت بلا شىء :

قلت : فالعتق إنما يتجزأ فى القنة لافى أم الولد ، بل يعتق بعضها بعتق كلها اتفاقا مجتبى فليحفظ :

(جارية بين رجلين ولدت فادعاه أحدهما وأعتقه الآخر وخرج الكلامان) منهما (معا

والكسب والخدمة نهر (قوله بخلاف البنوة) أى النسب (قوله والإرث) أى إرث الولد منهما (قوله والولاء) حق التعبير والولاية : أى ولاية الإنكاح فإنها تثبت لكل من المدعيين كملا ، وكذا فى المال عند أبى يوسف . قال فى البحر عن وصايا الخانية : فإن كان لهذا الولد مال ورثه من أخ له من أمه أو وهب له لاينفرد بالتصرف فيه أحد الأبوين عندهما ، وعند أبى يوسف ينفرد اه (قوله سوية) أى لا على قدر الحصص بل يستويان فى ثبوته لكل منهما كملا (قوله لعدم تجزى النسب الخ) قال الزيلعى : النسب وإن كان لا يتجزى ، لكن يتعلق به أحكام متجزئة كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف فى المال وأحكام غير متجزئة كالنسب وولاية الإنكاح ، فما يقبل التجزئة يثبت بينهما على التجزئة ، وما لايقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما على الكمال كأنه ليس معه غيره اه وتمامه فى البحر (قوله إرث ابن كامل) لإقرار كل منهما أنه ابنه على الكمال نهر (قوله وورثا منه إرث أب واحد) لأن المستحق أحدهما فيقتسمان نصيبه لعدم الأولوية نهر . وإذا مات أحدهما كان كل الميراث للباقى منهما ، ولا يكون نصفه للباقى ونصفه لورثة الميت كذا قالوا ، ويلزم عليه أن تكون أمه أم ولد للباقى ، فلا يعتق شىء منها بموت أحدهما حموى عن اليعقوبية . وأجاب السيد أبو السعود بأن عدم توريث ورثة الميت للمانع وهو حجبهم بأبوة الباقى لثبوتها له كملا ، ولا مانع لعتق الأم بموته فظهر الفرق (قوله وكذا الحكم الخ) أى أن قوله وإن ادعياه معا ليس بقيد ، بل إذا كان الشركاء جماعة وادعوه يثبت نسبه منهم عند الإمام : وعند أبى يوسف يثبت النسب من اثنين فقط : وعند محمد من ثلاثة : وعند زفر من خمسة (قوله ولو نساء) أى لو تنازع فيه امرأتان قضى به أيضا بينهما عنده لا عندهما ، ولو معهما رجل يقضى بينهم عنده ؛ وللرجل فقط عندهما بحر (قوله عتقت بلا شىء) أى بلاسعاية ، ولاضمان لما مر من عدم تقومها عنده (قوله قلت الخ) هو صاحب البحر وقال إنه نبه عليه فى المجتبى :

قلت : والذى فى المجتبى قال أستاذنا : ظن بعض الناس أن قوله عتقت بالإجماع دليل على أن الإعتاق لايتجزأ عند أبى حنيفة ، وقد كشف السرفيه القاضى الصدر فى غنى الفقهاء وشيخ الإسلام بأن الإعتاق يتجزأ عنده ، لكن العتق لايتجزأ فيسرى إلى نصيب شريكه ، وإنما أخر العتق فيما إذا أعتق بعض القن نظرا للساكن ليصل إلى حقه بالضمان أو السعاية قبل بطلان ملكه ، ولا كذلك هنا لأنه لايجب لا الضمان ولا السعاية عنده ، فلا فائدة فى تأخير العتق فيه فيعتق فى الحال اه :

ثم اعلم أن الكلام فى تجزى إعتاق أم الولد ، وأما نفس الاستيلاد فإنه يتجزأ عنده كالتدبير كما قدمناه عن البدائع ، وقوله لا فى أم الولد يفيد أن الإعتاق يتجزأ فى المدبر والمكاتب ، وذكرت فيما علقته على البحر مايدل عليه . وأما ما استدل به ط على ذلك فهو إنما يدل على تجزى التدبير والكتابة لا على تجزى إعتاق المكاتب والمدبر فافهم (قوله وخرج الكلامان منهما معها) أما لو تقدم أحدهما ، فإن كان الدعوى فهو كذلك بالأولى

فالدعوة أولى) لاستنادها للعلوق خانية :

(ادعى ولد أمة مكاتبه وصدّقه المكاتب لزم النسب) لتصادقهما كدعوته ولد جارية الأجنبي ، أما ولد مكاتبته فلا يشترط تصديقها كما سيجيء (و) لزم المدعى (العقر وقيمة الولد) يوم ولد (وسقط الحد) عنه (للشبهة ولم تصر أم ولده) لعدم ملكه (وإن كذبه) المكاتب (لم يثبت النسب) لحجره على نفسه بالعقد :

(ولدت منه جارية غيره وقال أحلها لى مولاها والولد ولدى وصدقه المولى فى الإحلال وكذبه في الولد لم يثبت نسبه ، فإن صدقه فيهما) جميعا (ثبت وإلا لا) وقول الزيلعي ولو صدقه فى الولد يثبت : أى مع تصديقه

وإن كان الإعتاق فالظاهر أنه أولى لكون المعتق قد أعتق نصيبه ، فلشريكه الخيارات السابقة ومنها الإعتاق ، وقوله إنه ابنى إعتاق ، ويثبت نسبه منه إن جهل نسبه ، وكأنهم سكتوا عن بيان ذلك لظهوره (قوله فالدعوة أولى) ولو المدعى كافرا كما فى كافى الحاكم (قوله لاستنادها للعلوق) أى لوقت العلوق ، والإعتاق يقتصر على الحال فيكون المعتق معتقا ولد الغير ط عن المنح (قوله كدعوته ولد جارية الأجنبي) بجامع عدم ملكه التصرف فيها ، بخلاف ما لو ادعى ولد جارية ابنه لأن الأب يملك تملكه فلا يعتبر تصديق الابن بل يعتبر تصديق المكاتب والأجنبي لكن يأتى أنه يعتبر فى الأجنبى تصديقه فى الولد والإحلال ، إذ لو ادعاه من زنا لا يثبت نسبه (قوله أما ولد مكاتبته) أى لو ادعى ولد نفس مكاتبته لم يشترط تصديقها ، وخيرت بين البقاء على كتابتها وأخذ عقرها وبين أن تعجز نفسها وتصير أم ولد ، كذا فى الهداية والدراية نهر (قوله كما سيجيء) أى فى كتاب المكاتب ح (قوله ولزم المدعى العقر) لأنه وطىء بغير نكاح ولا ملك يمين درر (قوله وقيمة الولد) لأنه فى معنى المغرور حيث اعتمد ليلا ، وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ، إلا أن القيمة هنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة بحر . والفرق فى الفتح (قوله لحجره على نفسه) أى لمنع السيد نفسه عن التصرف فى كسب المكاتب بالعقد : أى بعقد الكتابة ، فاشترط تصديقه إلا أنه لو ملك الولد يوما عتق عليه نهر (قوله ولدت منه الخ) فى كافى الحاكم : وإذا وطىء جارية رجل وقال أحلها لى والولد ولدى وصدّقه المولى بأنه أحلها له وكذبه فى الولد لم يثبت نسب الولد منه ، لأن الإحلال ليس بنكاح ولا ملك يمين ، فإن ملكه يوما ثبت نسبه منه ، وإن ملك أمه كانت أم ولد له ، وإن صدّقه المولى بأن الولد منه فهو ابنه حين صدقه وهو عبد لمولاه . وكذلك الجواب فى جارية الزوجة والأبوين إن ادعى أن مولاها أحلها له وأن الولد ولده ، إلا أن الولد يعتق بالقرابة إذا ثبت نسبه اهـ : وظاهر قوله لأن الإحلال ليس بنكاح ولا ملك يمين يفيد أن المراد به أن يقول أحللتها لك ، ولعل وجه ثبوت النسب أن هذا القول صار شبهة عقد لأن حلها له لا يكون إلا بالنكاح أو بملك اليمين فكأنه قال ملكتك بضعها بأحد هذين السببين ، وذلك وإن لم يصح لكنه يصير شبهة مؤثرة فى نفى الحد وفى ثبوت النسب إذا صدقه السيد أو ملك الولد ، لما مر من أنه إذا ملكها بعد ما ولدت منه بنكاح فاسد أو وطء بشبهة تصير أم ولد أى لثبوت النسب بذلك ؛ هذا ما ظهر لى : وفى حدود الفتاوى الهندية عن المحيط : رجل أحل جاريته لغيره فوطئها ذلك الغير لا حد عليه اهـ . فهذا يؤيد ما مر من أن الإحلال قوله أحللتها لك بدون ملك ولا نكاح ، إذ لو كان بأحدهما لم يكن للتصريح بسقوط الحد وجه ، إذ لا معنى للقول بأن من وطىء زوجته أو أمته لا حد عليه فافهم (قوله وإلا لا) أى وإن لم يصدقه فيهما جميعا بأن كذبه فيهما جميعا أو فى الإحلال فقط أو فى الولد فقط لم يثبت نسبه ، لكن الأخيرة مذكورة فى المتن ، والأولى مفهومه منها بالأولى فبقيت الثانية مقصودة بالتنبيه عليها لمخالفتها لظاهر كلام الزيلعى المذكور ولدفع المخالفة بينهما فافهم (قوله وقول الزيلعى الخ) هـذا الجواب للمصنف ح

فى الإحلال فلا مخالفة كما لايخفى .

(ولو ملكها) أو ملكه (بعد تكذيبه) أى المولى ولو مكاتبه (يوما) من الدهر (ثبت النسب) وتصير أم ولده إذا ملكها لبقاء إقراره .

(ولو استولد جارية أحد أبويه) أو جده (أو امرأته وقال ظننت حلها لى فلا حد) للشبهة (ولا نسب) إلا أن يصدقه فيهما (وإن ملكه يوما عتق عليه) وإن ملك أمه لاتصير أم ولده لعدم ثبوت النسب ، كذا ذكره

(قوله فلا مخالفة) أى بين ما فى الزيلعى وبين مافى الخانية والدرر من أنه لايثبت النسب إلا إذا صدقه فى الأمرين جميعا ومثل ما فى الزيلعى ما قدمناه من عبارة الكافى (قوله أى المولى) أفاد أن إضافة تكذيب للضمير من إضافة المصدر لفاعله والمفعول محذوف : أى تكذيب المولى إياه (قوله ولو مكاتبه) أى ولو كان مولى الأمة مكاتب المدعى أفاد به ثبوت النسب بملك الولد فى مسألة المكاتب المارة (قوله ثبت النسب) أى فى الصورتين صورة ملكها وصورة ملكه ، أما الثانية فظاهرة ، وأما الأولى فقد تبع المصنف فيها الخانية والدرر . واستشكلها ح بأن المكذب لدعواه قبل أن يملكه موجود ، بخلاف ما إذا ملكه فإنه حينئذ ارتفع المانع وزال المنازع ، اللهم إلا أن يكون قولهما ملكها أى مع ولدها اه .

قلت : لكنه خلاف مافهمه الشارح حيث عطف بأو قوله أو ملكه فإنه ظاهر فى أن المراد ملكها وحدها ، ولعل وجهه أنه إذا ملكها وصارت أم ولده بحكم إقراره لزم ثبوت نسب الولد منه ، لأن أمومية الولد فرع ثبوت نسب الولد ، فيثبت نسبه من المدعى ضرورة مع بقائه على ملك المولى ، حتى إذا ملكه المدعى عتق عليه ، وهذا إذا كان المراد بقوله بعد تكذيبه أى فى الإحلال والولد . أما إذا كان المراد تكذيبه فى الولد فقط مع تصديقه فى الإحلال فالأمر أظهر لتصادقهما على أن وطأها كان حلالا له فتأمل (قوله إذا ملكها) قيد به ليفيد أن قوله وتصير أم ولده راجع للصورة الأولى فقط ، ولولا ذلك لتوهم أنه راجع للصورتين كما رجع إليهما قوله ثبت النسب وهو غير صحيح ، لأنه إذا ملك الولد ولم يملكها لاتصير أم ولد له مالم يملكها ، ولا يلزم من ملك الولد وثبوت نسبه أن تكون أمه أم ولد قبل أن يملكها كما لايخفى ، فعلم أن هذا القيد لابد منه فافهم (قوله ولا نسب) أى لتمحضه زنا كما عللوا به فى كتاب الحدود (قوله إلا أن يصدقه فيهما) مخالف لإطلاقهم فى كتاب الحدود عدم ثبوت النسب وإن ادعاه ، وتعليلهم بتمحضه زنا يدل عليه فلا محل لهذا الاستثناء هنا ولم نجده لغيره ، نعم محله فى المسألة السابقة وضمير فيهما يعود إلى الإحلال والولد (قوله عتق عليه) أى ولم يثبت نسبه كما فى الكافى فعلة العتق هنا الجزئية لا النسب كما يأتى لكن توقف عتقه على ملكه خاص بما إذا كانت الجارية لامرأته ، بخلاف أبيه أو أمه لما فى القنية : وطىء جارية أبيه فولدت منه سواء ادعى شبهة أولا لم يجز بيع الولد لأنه ولد ولده فيعتق عليه وإن لم يثبت النسب اه أى يعتق على الأب للجزئية (قوله لعدم ثبوت النسب) لأن أمومية الولد فرع ثبوت النسب كما قدمناه . قال فى الكافى : وقوله ظننتها تحل لى لم يكن شبهة فى ذلك اه أى فى ثبوت النسب ، وإنما هو شبهة فى سقوط الحد ، بخلاف مامر من دعوى الإحلال فإنها شبهة فيهما كما مر .

والحاصل أن الوطء فى دعوى الإحلال وطء شبهة ، وبه يثبت النسب فتثبت أمومية الولد ، بخلاف الوطء مع ظن الحل فإنه زنا محض وإن سقط فيه الحد . وإذا كان ظن الحل غير معتبر فى ثبوت النسب وتمحض الفعل معه زنا لاتثبت أمومية الولد إذا ملك الأم وإن كان أقر بالولد لأن الزنا لا يثبت فيه النسب وأمومية الولد فرع ثبوته .

المصنف تبعا للزيلعى ، لكنه نقل هنا وفى نكاح الرقيق عن الدرر والخانية أنه لو ملكها بعد تكذيبه يوما ثبت النسب لبقاء الإقرار فتدبر .

نعم فى الخانية : زنى بأمة فولدت فملكها لم تصر أم ولده ، وإن ملك الولد عتق :

وفى الأشباه : لو ملك أخته لأمه من الزنا عتقت ولو أخته لأبيه لا .

[فروع] أراد وطء أمته ولا تصير أم ولده يملكها لطفله ثم يتزوجها .

أقر بأموميتها فى مرضه أن هناك ولد أو حبل تعتق من الكل وإلا فمن الثلث ، وما فى يدها للمولى إلا إذا أوصى لها به ، نعم فى المجتبى : استحسن محمد أن يترك لها ملحفة وقميص ومقنعة

وفى الفتح عن الإيضاح : أمة جاءت بولد فادعاه أجنبى لايثبت نسبه صدّقه المولى أو كذبه ، فإن ملكه المدعى عتق ولا تصير أمه أم ولد اه أى لأن عتقه للجزئية لا لثبوت النسب ، ولذا قال عتق ولم يقل ثبت نسبه ، وبهذا سقط ماأورد على تعليل الشارح أنه لما ادعى الولد فقد أقر له بالنسب ولأمه بأمومية الولد ، فإذا ملك الأم زال المانع وهو كونها ملك الغير فينبغى أن تصير أم ولد وإن لم يثبت نسب الولد اه لأنه إذا لم يثبت النسب لاتصير أم ولد فافهم .

فإن قلت : قد تصير أم ولد مع عدم ثبوت النسب فيما لو زوّج أمته من عبده ثم ولدت فادعاه .

قلت : إنما صارت أم ولد للمولى لإقراره بأن الولد علق منه قبل التزويج بوطء حلال ، لكن لم يثبت منه لوجود الفراش الصحيح فقد تعلق به حق الغير وهو الزوج ، ولولاه لثبت من المولى فلم يثبت منه هنا لعارض والزنا لايثبت منه الولد على كل حال ، هذا ماظهر لى (قوله لكنه نقل) أى المصنف ، وقوله ثبت النسب أى فتصير أم ولده ضرورة ثبوت النسب مع زوال المانع وهو ملك الغير ، فينافى قوله لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه : والجواب أن مانقله المصنف عن الدرر والخانية ليس فى هذه المسألة وهى قوله ظننت حلها لى بل فى مسألة دعوى الإحلال . ونقل ح عبارتهما بتمامها ، وقد علمت الفرق بين المسألتين ، وأن ظن الحل شبهة فى سقوط الحد لافى ثبوت النسب ، بخلاف دعوى الإحلال فإنها شبهة فيهما ، فالاستدراك فى غير محله فافهم (قوله نعم فى الخانية الخ) يعنى أن هذا الإشكال فيه ، لأن الزنا لايثبت فيه النسب فلا تصير أم ولد وإن ملكها ، لكن قد علمت أن الوطء فى مسألة ظن الحل زنا أيضا (قوله لم تصر أم ولده) أى فله بيعها ط (قوله وإن ملك الولد عتق) لأنه جزؤه حقيقة (قوله ولو أخته لأبيه لا) والفرق أن الأخ ينسب إلى أخته لأبيه بواسطة الأب ونسبة الأب منقطعة فلاتثبت الأخوة ، أما بالنسبة إلى الأم فلا تنقطع فتكون الأخوة ثابتة من جهتها فيعتق بالملك كما فى شروح الهداية ، ولذا لو مات يرثه أخوه لأمه دون أخيه لأبيه (قوله يملكها لطفله) فائدة ذلك وإن خرجت من ملكه أنه يخاف أنها إذا ولدت منه قد تتمرد عليه وتتكدر عيشه ، فإذا علمت أن له بيعها كلما أراد انقادت له ، وإذا باعها ينفق ثمنها على طفله بدلا عما كان ينفقه عليه من ماله ، وله أيضا إنفاقه على نفسه عند الاحتياج إليه ، فظهر أن بيعها لطفله ينتفع بلا ضرر يلحقه فافهم (قوله ثم يتزوجها) أى يزوجها لنفسه ، وإذا ولدت منه ولدا يعتق على الطفل لكونه ملك أخاه (قوله وإلا فمن الثلث) لأنه عند عدم الشاهد إقرار بالعتق فى المرض وهو من الثلث كما قدمناه (قوله ومافى يدها للمولى) لأنه كان ملكا له قبل أن تعتق بموته (قوله إلا إذا أوصى لها به) لأنها تعتق بموته فيكون وصية لحرة ، بخلاف القن إذا أوصى له بشىء من ماله فلا يصح ، إلا إذا أوصى له بثلث ماله أو برقبته فإنه يصح كما مر فى باب التدبير (قوله أن يترك لها الخ) ظاهر الإطلاق أنها تستحق ذلك لأنه يشمل ما إذا كان

ولا شيء للمدبر ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

كتاب الأيمان

مناسبته عدم تأثير الهزل والإكراه ، وقدم العتاق لمشاركته للطلاق فى الإسقاط والسراية .

(اليمين) لغة القوة . وشرعا (عبارة عن عقد قوى به عزم الحالف

فى الورثة صغار ، ولو كان ذلك على وجه التبرع لم يصح تأمل ، وقد مر تفسير الملحفة والقميص والمقنعة فى المتعة من باب المهر (قوله ولا شيء للمدبر) أى من الثياب وغيرها بحر عن المجتبى ، ثم هل المدبرة كذلك ؟ لم أره ، ولينظر وجه الفرق بينه وبين أم الولد .

وفى الخانية : رجل أعتق عبده وله مال فماله لمولاه إلا ثوبا يوارى العبد أى ثوب شاء المولى .

[تتمة] نقل ط فى هذا الباب عن قاضيخان : سئل أبو بكر عن رجل مات وترك أم ولد هل يجب لها النفقة في ماله ؟ قال : إن كان لها منه ولد فلها النفقة وإلا فلا نفقة لها اه .

قلت : المراد أنها تجب نفقتها على ولدها ولو صغيرا كما قدمنا التصريح به فى باب النفقة عن الذخيرة أى فتنفق من مال ولدها الذى ورثه لا من أصل مال الميت لأنه صار مال الورثة وهى أجنبية عنهم فافهم ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

كتاب الأيمان

(قوله مناسبته الخ) قال فى الفتح : اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح فى أن الهزل والإكراه لا يؤثر فيه إلا أنه قدم النكاح لأنه أقرب إلى العبادات كما تقدم ، والطلاق رفعه بعد تحققه فإيلاؤه إياه أوجه واختص العتاق عن اليمين بزيادة مناسبته بالطلاق من جهة مشاركته إياه فى تمام معناه الذى هو الإسقاط ، وفى لازمه الشرعى الذى هو السراية فقدمه على اليمين (قوله فى الإسقاط) فإن الطلاق إسقاط قيد النكاح والعتاق إسقاط قيد الرق ط (قوله والسراية) فإذا طلق نصفها سرى إلى الكل ، وكذا العتق : أى عندهما ، لقولهما بعدم تجزيه أما عنده فهو متجزئ ط (قوله لغة القوة) قال فى النهر : واليمين لغة لفظ مشترك بين الجارحة والقوة والقسم ، إلا أن قولهم كما فى المغرب وغيره : سمى الحلف يمينا لأن الحالف يتقوّى بالقسم ، أو أنهم كانوا يتماسكون بأيمانهم عند القسم ، يفيد كما فى الفتح أن لفظ اليمين منقول اه .

أقول : هو منقول من أصل اللغة إلى عرفها ؛ فلا ينافى كونه فى اللغة مشتركا بين الثلاثة ، وإنما اقتصر الشارح على القوة لظهور المناسبة بينه وبين المعنى الاصطلاحى المذكور فى المتن ح .

قلت : أو لأنها الأصل ، فقد قال فى الفتح فى باب التعليق : إن اليمين فى الأصل القوة ؛ وسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة قوتها على الأخرى ، وسمى الحلف بالله تعالى يمينا لإفادته القوة على المحلوف عليه من الفعل والترك ، ولا شك أن تعليق المكروه للنفس على أمر يفيد قوة الامتناع عن ذلك الأمر ، وتعليق المحبوب لها على ذلك يفيد الحمل عليه فكان يمينا اه . فقد أفاد أن أصل المادة بمعنى القوة ثم استعملت فى اللغة لمعان أخر لوجود المعنى الأصلى فيها كلفظ الكافر من الكفر وهو الستر ؛ فيطلق على الكافر بالله تعالى وكافر النعمة ، وعلى الليل ، وعلى الفلاح ، وهكذا فى كثير من الألفاظ اللغوية التى تطلق على أشياء ترجع إلى أصل واحد عام

على الفعل أو الترك) فدخل التعليق فإنه يمين شرعا إلا فى خمس مذكورة فى الأشباه ،

فيصح أن يطلق عليها لفظ الاشتراك نظرا إلى اتحاد المادة مع اختلاف المعانى ، وأن يطلق عليها لفظ المنقول نظرا إلى المعنى الأصلى الذى ترجع إليه ، والقول بأن المنقول يهجر فيه المعنى الأصلى وهذا ليس منه غير مقبول ، فإن اليمين إذا أطلق على الحلف لايراد به القوة لغة ، ولهذا قال فى الفتح هنا بعد ذكره إنه منقول ، ومفهومه لغة جملة أولى إنشائية صريحة الجزأين يؤكد بها جملة بعدها خبرية فاحترز بأولى عن التوكيد اللفظى بالجملة نحو : زيد قائم زيد قائم ، فإن المؤكد فيه هو الثانية لا الأولى عكس اليمين ، وبإنشائية عن التعليق فإنه ليس يمينا حقيقة لغةالخ وقوله يؤكد بها الخ إشارة إلى وجود المعنى الأصلى وهو القوة لا على أنه هو المراد ، وكذا إذا أطلق على الجارحة لايراد به نفس القوة بل اليد المقابلة لليسار وهى ذات والقوة عرض ، فقد هجر فيه المعنى الأصلى وإن لوحظ اعتباره فى المنقول إليه ، وبهذا ظهر أن المناسب بيان معنى اليمين اللغوى المراد به الحلف ليقابل به المعنى الشرعى ، وأما تفسيره بالمعنى الأصلى فغير مرضى فافهم (قوله على الفعل أو الترك) متعلق بالعزم أو بقوى ط (قوله فإنه يمين شرعا) لأنه يقوى به عزم الحالف على الفعل فى مثل إن لم أدخل الدار فزوجته طالق ، وعلى الترك فى مثل إن دخلت الدار . قال فى البحر : وظاهر مافى البدائع أن التعليق يمين فى اللغة أيضا ، قال لأن محمدا أطلق عليه يمينا وقوله حجة فى اللغة .

مطلب حلف لايحلف حنث بالتعليق إلا فى مسائل

(قوله مذكورة فى الأشباه) عبارته : حلف لايحلف حنث بالتعليق إلا فى مسائل : أن يعلق بأفعال القلوب أو يعلق بمجىء الشهر فى ذوات الأشهر أو بالتطليق ، أو يقول إن أديت إلىّ كذا فأنت حر ، وإن عجزت فأنت رقيق ، أو إن حضت حيضة أو عشرين حيضة أو بطلوع الشمس كما فى الجامع اهـ .

قلت : وإنما لم يحنث فى هذه الخمسة لأنها لم تتمحض للتعليق . أما الأولى كأنت طالق إن أردت أو أحببت فلأن هذا يستعمل فى التمليك ، ولذا يقتصر على المجلس . وأما الثانية كأنت طالق إذا جاء رأس الشهر أو إذا أهلّ الهلال والمرأة من ذوات الأشهر دون الحيض فلأنه مستعمل فى بيان وقت السنة ، لأن رأس الشهر فى حقها وقت وقوع الطلاق السنى لافى التعليق . وأما الثالثة كأنت طالق إن طلقتك فلأنه يحتمل الحكاية عن الواقع وهو كونه مالكا لتطليقها فلم يتمحض للتعليق . وأما الرابعة كقوله إن أديت إلىّ ألفا فأنت حر ؛ وإن عجزت فأنت رقيق فلأنه تفسير للكتابة . وأما الخامسة كأنت طالق إن حضت حيضة أو عشرين حيضة فلأن الحيضة الكاملة لاوجود لها إلا بوجود جزء من الطهر فيقع فى الطهر فأمكن جعله تفسير الطلاق السنة فلم يتمحض للتعليق ، وحيث لم يتمحض للتعليق فى هذه الخمس لايحمل على التعليق حيث أمكن غيره صونا لكلام العاقل عن المحظور وهو الحلف بالطلاق وإنما حنث فى إن حضت فأنت طالق لأنه لايمكن جعله تفسيرا للبدعى لأن البدعى أنواع ، بخلاف السنى فإنه نوع واحد ، وحنث أيضا فى أنت طالق إن طلعت الشمس مع أن معنى اليمين وهو الحمل أو المنع مفقود ومع أن طلوع الشمس متحقق الوجود لاخطر فيه : لأنا نقول : الحمل والمنع ثمرة اليمين وحكمته ، فقد تم الركن فى اليمين دون الثمرة ، والحكمة والحكم الشرعى فى العقود الشرعية يتعلق بالصورة لا بالثمرة والحكمة ، ولذا لو حلف لايبيع فباع فاسدا حنث لوجود ركن البيع وإن كان المطلوب منه وهو الملك غير ثابت اهـ ملخصا من شرح تلخيص الجامع لابن بلبان الفارسى . وبه ظهر أن قول الأشباه أو بطلوع الشمس سبق قلم والصواب إسقاطه ، أو أن يقول لا بطلوع

فلو حلف لايحلف حنث بطلاق وعتاق . وشرطها الإسلام والتكليف وإمكان البر . وحكمها البر أو الكفارة . وركنها اللفظ المستعمل فيها ،

الشمس فافهم (قوله فلو حلف لايحلف الخ) تفريع على كون التعليق يمينا ، وقوله حنث بطلاق وعتاق : أى بتعليقهما ولكن فيما عدا المسائل المستثناة ، فكان الأولى تأخير الاستثناء إلى هنا كما مر فى عبارة الأشباه .

[تنبيه] يتفرع على القاعدة المذكورة مافى كافى الحاكم : لو قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فعبدى حر وقال لعبده إن حلفت بعتقك فامرأتى طالق فإن عبده يعتق لأنه قد حلف بطلاق امرأته ، ولو قال لها إن حلفت بطلاقك فأنت طالق وكرره ثلاثا طلقت ثنتين باليمين الأولى والثانية لو دخل بها وإلا فواحدة (قوله وشرطها الإسلام والتكليف) قال فى النهر : وشرطها كون الحالف مكلفا مسلما ، وفسر فى الحواشى السعدية التكليف بالإسلام والعقل والبلوغ ، وعزاه إلى البدائع وما قلناه أولى اه . وجه الأولوية أن الكافر على الصحيح مكلف بالفروع والأصول كما حقق فى الأصول فلا يخرج بالتكليف .

واعلم أن اشتراط الإسلام إنما يناسب اليمين بالله تعالى واليمين بالقرب نحو إن فعلت كذا فعلىّ صلاة ، وأما اليمين بغير القرب نحو إن فعلت كذا فأنت طالق فلا يشترط له الإسلام كما لايخفى ح .

مطلب فى يمين الكافر

والحاصل أنه شرط لليمين الموجبة لعبادة من كفارة أو نحو صلاة وصوم فى يمين التعليق ، وسيذكر المصنف أنه لا كفارة بيمين كافر وإن حنث مسلما وأن الكفر يبطلها ، فلو حلف مسلما ثم ارتد ثم أسلم ثم حنث فلا كفارة اه وحينئذ فالإسلام شرط انعقادها وشرط بقائها . وأما تحليف القاضى له فهو يمين صورة رجاء نكوله كما يأتى ، ومقتضى هذا أنه لا إثم عليه فى الحنث بعد إسلامه ولا فى ترك الكفارة ، وكذا فى حال كفره بالأولى على القول بتكليفه بالفروع . فما قيل من أن يمين الكافر منعقدة لغير الكفارة وأن من شرط الإسلام نظر إلى حكمها فهو غير ظاهر فافهم : ويشترط خلوّها عن الاستثناء بنحو إن شاء الله أو إلا أن يبدو لى غير هذا أو إلا أن أرى أو أحب كما فى ط عن الهندية قال فى البحر : ومن زاد الحرية كالشمنى فقد سها لأن العبد ينعقد يمينه ويكفر بالصوم كما صرحوا به اه .

قلت : ويشترط أيضا عدم الفاصل من سكوت ونحوه . ففى البزازية : أخذه الوالى وقال قل بالله فقال مثله ثم قال لتأتين يوم الجمعة فقال الرجل مثله فلم يأت لايحنث لأنه بالحكاية والسكوت صار فاصلا بين اسم الله تعالى وحلفه اه . وفى الصيرفية : لو قال علىّ عهد الله وعهد الرسول لا أفعل كذا لايصح لأن عهد الرسول صار فاصلا اه أى لأنه ليس قسما بخلاف عهد الله (قوله وإمكان البر) أى عندهما خلافا لأبى يوسف كما فى مسألة الكوز بحر (قوله وحكمها البر أو الكفارة) أى البر أصلا والكفارة خلفا كما فى الدر المنتقى . وأنت خبير بأن الكفارة خاصة باليمين بالله تعالى ح وأراد البر وجودا وعدما ، فإنه يجب فيما إذا حلف على طاعة ، ويحرم فيما إذا حلف على معصية ، ويندب فيما إذا كان عدم المحلوف عليه جائزا ، وفيه زيادة تفصيل سيأتى .

وهل يكره الحلف بغير الله تعالى ؟ قيل نعم للنهى وعامتهم لا ، وبه أفتوا لاسيما فى زماننا ، وحملوا النهى على الحلف بغير الله لاعلى وجه الوثيقة كقولهم بأبيك ولعمرك ونحو ذلك عينى (وهى) أى اليمين بالله لعدم تصوّر الغموس واللغو فى غيره تعالى فيقع بهما الطلاق ونحوه عينى فليحفظ . ولا يرد نحو هو يهودىّ لأنه كناية عن اليمين بالله وإن لم يعقل وجه الكناية بدائع (غموس) تغمسه فى الإثم ثم النار ، وهى كبيرة مطلقا ، لكن إثم الكبائر متفاوت نهر (إن حلف على كاذب عمدا)

مطلب فى حكم الحلف بغيره تعالى

(قوله وهل يكره الحلف بغير الله تعالى الخ) قال الزيلعى : واليمين بغير الله تعالى أيضا مشروع ، وهو تعليق الجزاء بالشرط وهو ليس بيمين وضعا ، وإنما سمى يمينا عند الفقهاء لحصول معنى اليمين بالله تعالى وهو الحمل أو المنع ، واليمين بالله تعالى لايكره ، وتقليله أولى من تكثيره ، واليمين بغيره مكروهة عند البعض للنهى الوارد فيها ، وعند عامتهم لاتكره لأنها يحصل بها الوثيقة لاسيا فى زماننا ، وما روى من النهى محمول على الحلف بغير الله تعالى لاعلى وجه الوثيقة كقولهم وأبيك ولعمرى اهـ ونحوه فى الفتح .

وحاصله أن اليمين بغيره تعالى تارة يحصل بها الوثيقة : أى اتثاق الخصم بصدق الحالف كالتعليق بالطلاق والعتاق مما ليس فيه حرف القسم ، وتارة لايحصل مثل وأبيك ولعمرى فإنه لا يلزمه بالحنث فيه شىء فلا تحصل به الوثيقة ، بخلاف التعليق المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم «من كان حالفا فليحلف بالله تعالى» الخ محمول عند الأكثرين على غير التعليق فإنه يكره اتفاقا لما فيه من مشاركة المقسم به لله تعالى فى التعظيم . وأما إقسامه تعالى بغيره كالضحى والنجم والليل فقالوا إنه مختص به تعالى ، إذ له أن يعظم ماشاء وليس لنا ذلك بعد نهينا ، وأما التعليق فليس فيه تعظيم بل فيه الحمل أو المنع مع حصول الوثيقة فلا يكره اتفاقا كما هو ظاهر ماذكرناه ، وإنما كانت الوثيقة فيه أكثر من الحلف بالله تعالى فى زماننا لقلة المبالاة بالحنث ولزوم الكفارة . أما التعليق فيمتنع الحالف فيه من الحنث خوفا من وقوع الطلاق والعتاق . وفى المعراج : فلو حلف به لاعلى وجه الوثيقة أو على الماضى يكره (قوله ولعمرك) أى بقاؤك وحياتك ، بخلاف لعمر الله فإنه قسم كما سيأتى (قوله لعدم تصور الغموس واللغو) على حذف مضاف : أى تصور حكمهما ، وإلا نافى قوله فيقع بهما ح (قوله فى غيره تعالى) أى فى الحلف بغيره سبحانه وتعالى (قوله فيقع بهما) أى بالغموس واللغو (قوله ولايرد) أى على قوله لعدم تصور الخ لو قال هو يهودى ، إن كان فعل كذا متعمدا الكذب أو على ظن الصدق فهو غموس أو لغو مع أنه ليس يمينا بالله تعالى (قوله وإن لم يعقل وجه الكناية) أقول : يمكن تقرير وجه الكناية بأن يقال : مقصود الحالف بهذه الصيغة الامتناع عن الشرط ، وهو يستلزم النفرة عن اليهودية ، وهى تستلزم النفرة عن الكفر بالله تعالى ، وهى تستلزم تعظيم الله تعالى فكأنه قال والله العظيم لا أفعل كذا اهـ ح (قوله تغمسه فى الإثم ثم النار) بيان لما فى صيغة فعول من المبالغة ح (قوله وهى كبيرة مطلقا) أى اقتطع بها حق مسلم أولا ، وهذا ردّ على قول البحر ينبغى أن تكون كبيرة إذا اقتطع بها مال مسلم أو آذاه ، وصغيرة إن لم يترتب عليها مفسدة ، فقد نازعه فى النهر بأنه مخالف لإطلاق حديث البخارى «الكبائر الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس ، واليمين الغموس» وقول شمس الأئمة إن إطلاق اليمين عليها مجاز لأنها عقد مشروع وهذه كبيرة محضة صريح فيه ، ومعلوم أن إثم الكبائر متفاوت اهـ وكذا قال المقدسى : أى مفسدة أعظم من هتك حرمة اسم الله تعالى (قوله على كاذب) أى على كلام كاذب : أى مكذوب . وفى نسخة : على كذب (قوله عمدا) حال من فاعل حلف : أى عامدا ، ومجىء

ولو غير فعل أو ترك كوالله إنه حجز الآن فى ماض (كوالله مافعلت) كذا (عالما بفعله أو) حال (كوالله ماله على ألف عالما بخلافه ووالله إنه بكر عالما بأنه غيره) وتقييدهم بالفعل والماضى اتفاقى أو أكثرى (ويأثم بها) فتلزمه التوبة (و) ثانيها (لغو) لامؤاخذة فيها إلا فى ثلاث طلاق وعتاق ونذر أشباه ، فيقع الطلاق على غالب الظن إذا تبين خلافه ، وقد اشتهر عن الشافعية خلافه (إن حلف كاذبا يظنه صادقا) فى ماض أو حال فالفارق بين الغموس واللغو تعمد الكذب ، وأما فى المستقبل فالمنعقدة :

الحال مصدرا كثير لكنه سماعى (قوله ولو غير فعل أو ترك) كان الأولى ذكره قبيل قوله ووالله إنه بكر فإنه مثال لهذا فيستغنى به عن المثال المذكور وعن تأخير قوله فى ماض (قوله الآن) قيد به لما تعرفه قريبا (قوله فى ماض) متعلق بمحذوف صفة لموصوف كاذب : أى على كلام كاذب واقع مدلوله فى ماض ، ولا يصح تعلقه بقوله حلف إذ ليس المراد أن حلفه وقع فى الماضى كما لايخفى فافهم (قوله وتقييدهم بالفعل والماضى الخ) رد على صدر الشريعة حيث جعل التقييد للاحتراز ، وإن والله إنه حجر من الحالف على الفعل بتقدير كان أو يكون وجعل الحال من الماضى ، لأن الكلام يحصل أولا فى النفس فيعبر عنه باللسان ، فالإخبار المعلق بزمان الحال إذا حصل فى النفس فعبر عنه باللسان انعقد اليمين وصار الحال ماضيا بالنسبة إلى زمان انعقاد اليمين ، فإذا قال كتبت لابد من الكتابة قبل ابتداء التكلم فيكون الحلف عليه حلفا على الماضى ، وأشار إلى وجه الرد بلفظ الآن فإنه لايمكن أن يقدر معه كان ليصير فعلا ، ولا يمكن أن يكون من الماضى لمنافاته للفظ الآن ، على أن الحال إنما يعبر عنه بصيغة المضارع المستعملة فى الحال أو فى الاستقبال ولا يعبر عنه بصيغة الماضى أصلا نعم قد يراد تقريب الماضى من الحال فيؤتى بصيغة الماضى مقرونة بقد نحو قد قام زيد إذا أردت أن قيامه قريب من زمن التكلم فإذا قال والله قمت لايصح أن يراد به الحال أصلا ، بخلاف أقوم فإنه يراد به الحال أو الاستقبال كما هو مقرر فى محله ، فحيث لم يصح أن يكون فعلا ولا ماضيا تبين أن يكون تقييدهم بالفعل وبالماضى فى قولهم هو حلفه على فعل ماض الخ اتفاقيا أى لا للاحتراز عن غيره أو أكثريا أى لكونه هو الأكثر (قوله ويأثم بها) أى إثما عظيما كما فى الحاوى القدسى :

مطلب فى معنى الإثم

والإثم فى اللغة : الذنب ، وقد تسمى الخمر إثما ، وفى الاصطلاح عند أهل السنة استحقاق العقوبة . وعند المعتزلة لزوم العقوبة بناء على جواز العفو وعدمه كما أشار إليه الأكمل فى تقريره بحر (قوله فتلزمه التوبة) إذ لا كفارة فى الغموس يرتفع بها الإثم فتعينت التوبة للتخلص منه (قوله إلا فى ثلاث الخ) استثناء منقطع ، لأن الكلام فى اليمين بالله تعالى وهذا فى غيره ولذا قال فى الاختيار : وروى ابن رستم عن محمد : لايكون اللغو إلا فى اليمين بالله تعالى وذلك أن فى حلفه بالله تعالى على أمر يظنه كما قال ليس كذلك لغا المحلوف عليه وبقى قوله والله فلا يلزمه شىء ، وفى اليمين بغيره تعالى يلغو المحلوف عليه ويبقى قوله امرأته طالق وعبده حر وعليه حج فيلزمه اهـ ملخصا (قوله فيقع الطلاق) أى والعتاق ويلزمه النذر كما علمت (قوله يظنه) أى يظن نفسه (قوله فالفارق الخ) أقول : هناك فارق آخر ، وهو أن الغموس تكون فى الأزمنة الثلاثة على ماسيأتى واللغو لا تكون فى الاستقبال ح (قوله وأما فى المستقبل فالمنعقدة) لايخفى أن كلامه فى الحلف كاذبا يظنه صادقا وهذا فى المستقبل لايكون إلا يمينا منعقدة ، فلا يرد أن الغموس يكون فى المستقبل أيضا لأن الغموس لابد فيه من تعمد الكذب وليس الكلام

وخصه الشافعي بما جرى على اللسان بلا قصد ، مثل لا والله وبلى والله ولو لآت ، فلذا قال (ويرجى عفوه) أو تواضعا وتأدبا ،

فيه فافهم (قوله وخصه الشافعي الخ) اعلم أن تفسير اللغو بما ذكره المصنف هو المذكور فى المتون والهداية وشروحها . ونقل الزيلعي أنه روى عن أبى حنيفة كقول الشافعي . وفى الاختيار أنه حكاه محمد عن أبى حنيفة ، وكذا نقل فى البدائع الأول عن أصحابنا . ثم قال : وماذكر محمد على أثر حكايته عن أبى حنيفة أن اللغو ما يجرى بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله فذلك محمول عندنا على الماضى أو الحال ،وعندنا ذلك لغو . فيرجع حاصل الخلاف بيننا وبين الشافعي فى يمين لايقصدها الحالف فى المستقبل . فعندنا ليست بلغو وفيها الكفارة . وعنده هى لغو ولا كفارة فيها اه فقوله فذلك محمول عندنا إلى آخر كلامه خبر قوله وما ذكر محمد الخ فهو مبنى على تلك الرواية المحكية عن أبى حنيفة أراد به بيان الفرق بينهما وبين قول الشافعي ، وذلك أن المستقبل يكون لغوا عنده لاعندنا . وقد فهم صاحب البحر من كلام البدائع حيث عبر بقوله عندنا وقوله فيرجع حاصل الخلاف بيننا وبين الشافعي الخ أن مذهبنا فى اليمين اللغو أنها التى لايقصدها الحالف فى الماضى أو الحال كما يقوله الشافعي إلا فى المستقبل .

قلت : هذا وإن كان يوهمه آخر كلام البدائع ، لكن أوله صريح بخلافه حيث عزا مافى المتون إلى أصحابنا ثم نقل ماحكاه محمد عن أبى حنيفة . فعلم أن قوله عندنا الخ بناء على هذه الرواية كما قلنا وبين المذهب ، وهذه الرواية منافاة ، فإن حلفه على أمر يظنه كما قال لا يكون إلا عن قصد فينا فى تفسير اللغو بالتى لا يقصدها ، نعم ادعى فى البحر أن المقصودة إذا كانت لغوا فالتى لا يقصدها كذلك بالأولى فيكون تفسيرنا اللغو أعم من تفسير الشافعي . ولا يخفى أن هذا خروج عن الجادة وعن ظاهر كلامهم ، ولابد له من نقل صريح . والذى دعاه إلى هذا التكلف نظره إلى ظاهر عبارة البدائع الأخيرة وقد سمعت تأويلها ، وكأن الشارح نظر إلى كلام البحر من أن مذهبنا أعم من مذهب الشافعي فلذا قال وخصه الشافعي فافهم ، نعم قد يقال : إذا لم تكن هذه لغوا يلزم أن تكون قسما خارجا عن الأقسام الثلاثة ، فالأحسن أن يقال إن اللغو عندنا قسمان : الأول ماذكر فى المتون ، والثانى مافى هذه الرواية فتكون هذه الرواية بيانا للقسم الذى سكت عنه أصحاب المتون ، ويأتى قريبا عن الفتح التصريح بعدم المؤاخذة فى اللغو على التفسيرين ، فهذا مؤيد لهذا التوفيق ، والله سبحانه أعلم (قوله ولو لآت) أى ولو لزمان آت أى مستقبل فإنه لغو عند الشافعي لاعندنا حتى على الرواية المحكية عن أبى حنيفة (قوله فلذا قال الخ) أى للاختلاف فى اللغو . قال : ويرجى عفوه ، وهذا جواب عن الاعتراض على تعليق محمد العفو بالرجاء بأن قوله تعالى ـ لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ـ مقطوع به . فأجاب فى الهداية بأنه علقه بالرجاء للاختلاف فى تفسير اللغو .

واعترضه فى الفتح بأن الأصح أن اللغو بالتفسيرين متفق على عدم المؤاخذة به فى الآخرة وكذا فى الدنيا بالكفارة قال : فالأوجه ماقيل إنه لم يرد به التعليق ، بل التبرك باسمه تعالى والتأدب كقوله عليه الصلاة والسلام لأهل المقابر « وإنا إن شاء الله بكم لاحقون » وأجاب فى النهر بأنه اختلف فى المؤاخذة المنفية هل هى المعاقبة فى الآخرة أو الكفارة قال : ولا شك أن تفسير اللغو على رأينا ليس أمرا مقطوعا به إذ الشافعي قائل بأنه من المنعقدة فلا جرم علقه بالرجاء وهذا معنى دقيق ولم أر من عرج عليه اه .

قلت : إنما لم يعرج أحد عليه لما علمت من الاتفاق على عدم المؤاخذة به فى الآخرة ، وكذا فى الدنيا بالكفارة

وكاللغو حلفه على ماض صادقا كوالله إنى لقائم الآن فى حال قيامه (و) ثالثها (منعقدة وهى حلفه على) مستقبل (آت) يمكنه ، فنحو : والله لا أموت ولا تطلع الشمس من الغموس (و) هذا القسم (فيه الكفارة) لآية - واحفظوا أيمانكم - ولا يتصور حفظ إلا فى مستقبل (فقط) وعند الشافعى يكفر في الغموس أيضا (إن حنث ، وهى) أى الكفارة (ترفع الإثم وإن لم توجد) منه (التوبة) عنها (معها) أى مع الكفارة سراجية (ولو) الحالف (مكرها) أو مخطئا

فافهم (قوله وكاللغو الخ) حاصله أن حلفه على ماض صادقا يمين مع أنه لم يدخل فى الأقسام الثلاثة فيكون قسما رابعا ، وهو مبطل لحصرهم اليمين فى الثلاثة . وأجاب صدر الشريعة بأنهم أرادوا حصر اليمين التى اعتبرها الشرع ورتب عليها الأحكام . ورده فى البحر بأن عدم الإثم فيها حكم . وقال فى النهر : فيه نظر . قال ح : والحق ما فى البحر ، ولا وجه للنظر اه .

قلت : وأجاب فى الفتح بأن الأقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا فى مطلق اليمين (قوله كوالله إنى لقائم الآن) تبع فيه النهر ، وكأنه تنظير لا تمثيل أشار به إلى أن الماضى كالحال . والأحسن قول الفتح كوالله لقد قام زيد أمس (قوله على مستقبل) لاحاجة إليه اه ح . وقد يجاب بأن لفظ آت اسم فاعل ، وحقيقته ما اتصف بالوصف فى الحال فمثل قائم حقيقة فيمن اتصف بالإتيان فى الحال ويحتمل الاستقبال ، وكذا لفظ آت حقيقة فيمن اتصف بالإتيان فى الحال ، ويحتمل الاستقبال فزاد الشارح لفظ مستقبل لدفع إرادة الحال .

ولا يرد أن لفظ مستقبل حقيقة فى الحال أيضا . لأنا نقول : معناه أنه متصف فى الحال بكونه مستقبلا أى منتظرا وذلك لا يقتضى حصوله فى الحال ، لكن كان المناسب تأخير مستقبل عن آت (قوله يمكنه) أشار إلى ما فى النهر حيث قال : ويجب أن يراد بالفعل فعل الحالف ليخرج نحو والله لا أموت الخ ، لكن هذا أعم من الممكن وغيره ، و تعبير الشارح أحسن لأنه يرد على عبارة النهر نحو والله لأشربن ماء هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه لا يحنث لعدم إمكان البر مع أنه من فعله ، ومقتضى كلامه أن هذا المثال من الغموس ، لكن ينبغى تقييده بما إذا علم وقت الحلف أنه لا ماء فيه : وأما إذا لم يعلم فليس منها ولا من المنعقدة لعدم الإمكان ، فإن جعلت من اللغو انتقض ما مر من أنها لا تكون على الاستقبال . والذى يظهر لى أنها غير يمين أصلا سواء علم أو لا ، لما مر من أن شرط اليمين إمكان البر فليتأمل (قوله ولا يتصور حفظ إلا فى مستقبل) قلت : كون الحفظ لا يتصور إلا فى مستقبل معناه أنه لا يتصور فى ماض أو فى حال ، لأن الحفظ منع نفسه عن الحنث فيها بعد وجودها مترددة بين الهتك والحفظ وذلك لا يكون فى غير المستقبل . ولا يخفى أن هذا لا يستلزم أن كل مستقبل كذلك : أى يتصور فيه الحفظ حتى يرد عليه الغموس المستقبلة التى لا يمكن حفظها نعم يرد لو قال ولا يتصور مستقبل إلا محفوظا . والفرق بين العبارتين ظاهر فافهم (قوله فقط) قيد للهاء من فيه ، فالمعنى أن فيه لا فى غيره من قسيميه الكفارة لا للكفارة حتى يصير المعنى أن فيه الكفارة لا غيرها من الإثم ، لكن الأولى أن يقول وفيه فقط الكفارة اه ح وهذا جواب للعينى دفع به اعتراض الزيلعى على الكنز بأن المنعقدة فيها إثم أيضا .

واعترضه فى البحر بأن الإثم غير لازم لها ، لأن الحنث قد يكون واجبا أو مستحبا . وأجاب فى النهر بأنه تخلف لعارض فلا يرد (قوله وإن لم توجد منه التوبة عنها) أى عن اليمين ، والمراد عن حنثه فيها وهو متعلق بالتوبة وقوله معها متعلق بتوجد ، وفى عدم لزوم التوبة مع الكفارة كلام قدمناه فى جنايات الحج فراجعه (قوله أو مخطئا) من أراد شيئا فسبق لسانه إلى غيره كما أفاده القهستانى : قال فى النهر : كما إذا أراد أن يقول اسقنى الماء فقال والله لا أشرب الماء .

أو ذاهلا أو ساهيا (أو ناسيا) بأن حلف أن لايحلف ثم نسى وحلف ، فيكفر مرتين : مرة لحنثه وأخرى إذا فعل المحلوف عليه عينى لحديث « ثلاث هزلهن جد » منها اليمين (فى اليمين أو الحنث) فيحنث بفعل المحلوف عليه مكرها خلافا للشافعى (وكذا) يحنث

مطلب فى الفرق بين السهو والنسيان

(قوله أو ذاهلا أو ساهيا أو ناسيا) قال ابن أمير حاج فى شرح التحرير : وجزم كثير باتحاد السهو والنسيان ، لأن اللغة لاتفرق بينهما وإن فرقوا بينهما بأن السهو زوال الصورة عن المدركة مع بقائها فى الحافظة ، والنسيان زوالها عنهما معا فيحتاج حينئذ فى حصولها إلى سبب جديد وقيل النسيان عدم ذكر ما كان مذكورا . والسهو غفلة عما كان مذكورا وما لم يكن مذكورا ، فالنسيان أخص منه مطلقا . وقيل يسمى زوال إدراك سابق قصر زمان زواله نسيانا وغفلة لاسهوا ، وزوال إدراك سابق طال زمان زواله سهوا ونسيانا ، فالنسيان أعم منه مطلقا . وقال الشيخ سراج الدين الهندى : والحق أن النسيان من الوجدانيات التى لاتفتقر إلى تعريف بحسب المعنى ، فإن كل عاقل يعلم النسيان كما يعلم الجوع والعطش اهـ .

قلت : لكن ظهور الفرق بينه وبين السهو يتوقف على التعريف . وفى المصباح : فرقوا بين الساهى والناسى ، بأن الناسى إذا ذكرته تذكر ، والساهى بخلافه اهـ . وعليه فالسهو أبلغ من النسيان ، وفيه ذهل بفتحتين ذهولا غفل . وقال الزمخشرى : ذهل عن الأمر تناساه عمدا وشغل عنه وفى لغة من باب تعب (قوله بأن حلف أن لايحلف) قال فى النهر : أراد بالناسى المخطئ . وفى الكافى : وعليه اقتصر فى العناية . والفتح هو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ، والملجئ إلى ذلك أن حقيقة النسيان فى اليمين لاتتصور . قال الزيلعى : وقال العينى وتبعه الشمنى : بل تصور بأن حلف أن لايحلف ثم نسى الحلف السابق فحلف . ورده فى البحر بأنه فعل المحلوف عليه ناسيا لا أن حلفه كان ناسيا اهـ . وفيه نظر ، إذ فعل المحلوف عليه ناسيا لاينافى كونه يمينا بدليل أنه يكفر مرتين : مرة باعتبار أنه فعل المحلوف عليه وأخرى باعتبار حنثه فى اليمين اهـ كلام النهر .

أقول : الحق ما فى البحر ، فإن فعل المحلوف عليه ناسيا وإن لم يناف كونه يمينا ، لكن تعلق النسيان به من جهة كونه حنثا لا من جهة كونه يمينا إذ هو من هذه الجهة لم يتعلق به النسيان كما لايخفى على منصف اهـ ح (قوله لحديث الخ) فى شرح الوقاية للعلامة منلا على القارى : لفظ اليمين غير معروف إنما المعروف ما رواه أصحاب السنن الأربعة من حديث أبى هريرة وحسنه الترمذى وصححه الحاكم بلفظ النكاح والطلاق والرجعة وقد رواه ابن عدى فقال « الطلاق والنكاح والعتاق » اهـ .

وفى الفتح : اعلم أنه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لأن المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد اليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا ، والناسى بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا أصلا ولم يدر ما صنع ، وكذا المخطئ لم يقصد قط التلفظ به بل بشىء آخر ، فلا يكون الوارد فى الهازل واردا فى الناسى الذى لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت فى حقه نصا ولا قياسا اهـ (قوله فى اليمين أو الحنث) متعلق بقوله ولو مكرها أو ناسيا أى سواء كان الإكراه أو النسيان فى نفس اليمين وقد مر ، أو فى الحنث بأن فعل ما حلف عليه مكرها أو ناسيا لأن الفعل شرط الحنث وهو سبب الكفارة والفعل الحقيقى لاينعدم بالإكراه والنسيان (قوله فيحنث بفعل المحلوف عليه) فلو لم يفعله ، كما لو حلف أن لايشرب فصب الماء فى حلقه مكرها

(لو فعله وهو مغمى عليه أو مجنون) فيكفر بالحنث كيف كان (والقسم بالله تعالى) ولو برفع الهاء أو نصبها أو حذفها كما يستعمله الأتراك ، وكذا واسم الله كحلف النصارى وكذا باسم الله لا أفعل كذا عند محمد ، ورجحه فى البحر ، بخلاف بله بكسر اللام إلا إذا كسر الهاء وقصد اليمين (وباسم من أسمائه) ولو مشتركا تعورف الحلف به أولا على المذهب (كالرحمن والرحيم) والحليم والعليم ومالك يوم الدين

فلا حنث عليه نهر (قوله لو فعله وهو مغمى الخ) أما لو حلف وهو كذلك فلا يلزمه شيء لعدم شرط الصحة كما مر (قوله والقسم بالله تعالى) أى بهذا الاسم الكريم (قوله ولو برفع الهاء) مثله سكونها كما فى مجمع الأنهر . قال وهذا إذا ذكر بالباء ، وأما بالواو فلا يكون يمينا إلا بالجر اهـ ح .

قلت : أما الرفع مع الواو فلأنه يصير مبتدأ وكذا النصب لأنه يصير مفعولا لنحو أعبد فلا يكون يمينا ، وأما السكون فغير ظاهر لأنه إذا كان مجرورا وسكن لا يخرج عن كونه يمينا ، على أن الرفع يحتمل تقدير خبره قسمى كما سيأتى فى حذف حرف القسم .

والحاصل أن تخصيص ماذكر بالباء مشكل ، ولعل المراد أن غير المجرور مع الواو لايكون صريحا فى القسم فيحتاج إلى النية ، وهذا كله إن كان ماذكره منقولا ولم أره ، نعم ذكروا ذلك فى حذف حرف القسم . ففى الخانية لو قال الله لأأفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها لايكون يمينا لانعدام حرف القسم إلا أن يعربها بالكسر ، لأن الكسر يقتضى سبق الخافض وهو حرف القسم ؛ وقيل يكون يمينا بدون الكسر اهـ . ومثله فى البحر عن الظهيرية . وفى الجوهرة : وإن نصبه اختلفوا فيه ، والصحيح يكون يمينا اهـ .

قلت : ومثله تسكين الهاء على ماحققه فى الفتح من عدم اعتبار الإعراب كما سنذكره عند الكلام على حروف القسم (قوله أو حذفها) قال فى المجتبى : ولو قال والله بغير هاء كعادة الشطار فيمين .

قلت : فعلى هذا مايستعمله الأتراك بالله بغير هاء يمين أيضا اهـ وهكذا نقله عنه فى البحر ، ولعل أحد الموضعين بغير هاء وبالواو لا بالهمز أى بغير الألف التى هى الحرف الهاوى تأمل ، ثم رأيته كذلك فى الوهبانية . وقال ابن الشحنة فى شرحها : المراد بالهاوى الألف بين الهاء واللام ، فإذا حذفها الحالف أو الذابح أو الداخل فى الصلاة قيل لايضر لأنه سمع حذفها فى لغة العرب ، وقيل يضر (قوله وكذا واسم الله) فى البحر عن الفتح : قال باسم الله لأفعلن ، المختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو ، إلا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله اهـ أى فيكون يمينا لمن تعارفه مثلهم لالهم ، لما مر من أن شرطه الإسلام (قوله ورجحه فى البحر) حيث قال : والظاهر أن باسم الله يمين كما جزم به فى البدائع معللا بأن الاسم والمسمى واحد عند أهل السنة والجماعة فكان الحلف بالاسم حلفا بالذات كأنه قال بالله اهـ والعرف لا اعتبار به فى الأسماء اهـ . ومقتضاه أن واسم الله كذلك فلا يختص به النصارى (قوله بكسر اللام الخ) أى بدون مد . والظاهر أن مثله بالأولى المد على صورة الإمالة ، وكذا فتح اللام بدون مد ، لأن ذلك كله يتكلم به كثير من البلاد فهو لغتهم ، لكن إذا تكلم به من كان ذلك لغته فالظاهر أنه لايشترط فيه قصد اليمين تأمل (قوله ولو مشتركا الخ) وقيل كل اسم لايسمى به غيره تعالى كالله والرحمن فهو يمين ؛ وما يسمى به غيره كالحليم والعليم ، فإن أراد اليمين كان يمينا وإلا لا ، ورجحه بعضهم بأنه حيث كان مستعملا لغيره تعالى أيضا لم تتعين إرادة أحدهما إلا بالنية . ورده الزيلعى بأن دلالة القسم معينة لإرادة اليمين إذ القسم بغيره تعالى لايجوز ، نعم إذا نوى غيره صدّق لأنه نوى محتمل كلامه . وأنت خبير بأن هذا مناف لما قدمه من أن العامة يجوّزون الحلف بغير الله تعالى نهر .

والطالب الغالب (والحق) معرفا لامنكرا كما سيجيء ؛ وفى المجتبى : لو نوى بغير الله غير اليمين دين (أو بصفة) يحلف بها عرفا (من صفاته تعالى)

أقول : هذا غفلة عن تحرير محل النزاع ، فإن الذى جوّزه العامة ماكان تعليق الجزاء بالشرط لاماكان فيه حرف القسم كما قدمناه .

والحاصل كما فى البحر أن الحالف بالله تعالى لايتوقف على النية ولا على العرف على الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح . قال : وبه اندفع مافى الولوالجية ، من أنه : لو قال والرحمن لاأفعل إن أراد به السورة لايكون يمينا لأنه يصير كأنه قال والقرآن، وإن أراد به الله تعالى يكون يمينا اه لأن هذا التفصيل فى الرحمن قول بشر المريسى (قوله والطالب الغالب) فهو يمين وهو متعارف أهل بغداد كذا فى الذخيرة والولوالجية . وذكر فى الفتح أنه يلزم إما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الأسماء فإن الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب فى قوله تعالى - والله غالب على أمره — وإما كونه بناء على القول المفصل فى الأسماء اه أى من أنه تعتبر النية والعرف فى الاسم المشترك كما مر . وأجاب فى البحر بأن المراد أنه بعد ماحكم بكونه يمينا أخبر بأن أهل بغداد تعارفوا الحلف بها اه .

قلت : ينافيه قوله فى مختارات النوازل فهو يمين لتعارف أهل بغداد ، حيث جعل التعارف علة كونه يمينا فلا محيص عما قاله فى الفتح . وأيضا عدم ثبوت كون الطالب من أسمائه تعالى لابد له من قرينة تعين كون المراد به اسم الله تعالى وهى العرف مع اقترانه بالغالب المسموع إطلاقه عليه تعالى ، وهو وإن كان مسموعا لكنه لم يجعل مقسما به أصالة بل جعل صفة له فلا يكون قسما بدونه كما فى الأول الذى ليس قبله شيء فإنه لايقسم بالأول بدون هذه الصفة ، ومثله الآخر الذى ليس بعده شيء فافهم . وما وقع فى البحر من عطف الغالب بالواو فهو خلاف الموجود فى الولوالجية والذخيرة وغيرهما (قوله كما سيجيء) أى بعد ورقة ، وسيجيء تفصيله وبيانه (قوله وفى المجتبى الخ) المراد به الأسماء المشتركة كما في البحر ، وقدمناه آنفا عن الزيلعى معللا بأنه نوى محتمل كلامه وظاهره أن يصدق قضاء . وعبارة المجتبى : واليمين بغير الله تعالى إذا قصد بها غير الله تعالى لم يكن حالفا بالله ، لكن فى البحر عن البدائع فلا يكون يمينا لأنه نوى محتمل كلامه فيصدق فى أمر بينه وبين ربه تعالى اه ولا يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر كما مر .

[تنبيه] اعترض بعض الفضلاء التعبير بالقضاء والديانة بما فى البحر عند قوله ولو زاد ثوبا الخ من أن الفرق بين الديانة والقضاء إنما يظهر فى الطلاق والعتاق لافى الحلف بالله تعالى ، لأن الكفارة حقه تعالى ليس للعبد فيها مدخل حتى يرفع الحالف إلى القاضى اه .

قلت : قد يظهر فيما إذا علق طلاقا أو عتقا على حلفه ثم حلف بذلك فافهم (قوله أو بصفة الخ) المراد بها اسم المعنى الذى لايتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهوهو كالعزة والكبرياء والعظمة ، بخلاف نحو العظيم ، وتتقيد بكون الحلف بها متعارفا سواء كانت صفة ذات أو فعل ؛ وهو قول مشايخ ماوراء النهر . ولمشايخ العراق تفصيل آخر ، وهو أن الحلف بصفات الذات يمين لابصفات الفعل . وظاهره أنه لا اعتبار عندهم للعرف وعدمه فتح ملخصا ، ومثله فى الشرنبلالية عن البرهان بزيادة التصريح بأن الأول هو الأصح . وقال الزيلعى : والصحيح الأول لأن صفات الله تعالى كلها صفات الذات وكلها قديمة والأيمان مبنية على العرف ، مايتعارف الناس الحلف به يكون يمينا ومالا فلا اه . ومعنى قوله كلها صفات الذات أن الذات الكريمة موصوفة بها فيزاد بها الذات ، سواء كانت مما يسمى صفة ذات أو صفة فعل فيكون الحلف بها حلفا بالذات ، وليس مراده نفى صفة الفعل تأمل

صفة ذات لايوصف بضدها (كعزة الله وجلاله وكبريائه) وملكوته وجبروته (وعظمته وقدرته) أو صفة فعل يوصف بها وبضدها كالغضب والرضا ، فإن الأيمان مبنية على العرف ، فما تعورف الحلف به فيمين ومالا فلا (لا) يقسم (بغير الله تعالى كالنبي والقرآن والكعبة) قال الكمال : ولا يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا . وأما الحلف بكلام الله

ثم رأيت المصنف استشكله وأجاب بأن مراده أن صفات الفعل ترجع في الحقيقة إلى القدرة عند الأشاعرة والقدرة صفة ذات اه وما قلناه أولى تأمل (قوله صفة ذات) مع قوله بعده أو صفة فعل بدل مفصل من مجمل ، وقوله لايوصف بضدها الخ بيان للفرق بينهما كما في الزيلعي وغيره (قوله كعزة الله) قال القهستاني : أي غلبته من حد نصر ، أو عدم النظير من حد ضرب ،أو عدم الحط من منزلته من حد علم ،وقوله وجلاله: أي كونه كامل الصفات وقوله وكبريائه: أي كونه كامل الذات اه (قوله وملكوته وجبروته) بوزن فعلوت وزيادة الهمزة في جبروت خطأ فاحش . وفي شرح الشفاء للشهاب : الملكوت صفة مبالغة من الملك كالرحموت من الرحمة ، وقد يخص بما يقابل عالم الشهادة ويسمى عالم الأمر ، كما أن مقابله يسمى عالم الشهادة وعالم الملك اه وفي شرح المواهب : قال الراغب : أصل الجبر إصلاح الشيء بضرب من القهر . وقد يقال في الإصلاح المجرد كقول عليّ : ياجابر كل كسير ومسهل كل عسير ؛ وتارة في القهر المجرد اه أفاده ط (قوله وعظمته) أي كونه كامل الذات أصالة وكامل الصفات تبعا ، وقوله وقدرته : أي كونه يصح منه كل من الفعل والترك قهستاني (قوله كالغضب والرضا) أي الانتقام والإنعام ، وهذا تمثيل لصفة الفعل في حد ذاتها ، فلا ينافي مايأتي أن الرضا والغضب لايحلف بهما ط (قوله فإن الأيمان مبنية على العرف) علة للتقييد بقوله عرفا ط وهذا خاص بالصفات ، بخلاف الأسماء فإنه لايعتبر العرف فيها كما مر (قوله لايقسم بغير الله تعالى) عطف على قوله والقسم بالله تعالى : أي لاينعقد القسم بغيره تعالى أي غير أسمائه وصفاته ولو بطريق الكناية كما مر ، بل يحرم كما في القهستاني ، بل يخاف منه الكفر في نحو وحياتي وحياتك كما يأتي :

مطلب في القرآن

(قوله قال الكمال الخ) مبني على أن القرآن بمعنى كلام الله ، فيكون من صفاته تعالى كما يفيده كلام الهداية حيث قال : ومن حلف بغير الله تعالى لم يكن حالفا كالنبي والكعبة ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر» وكذا إذا حلف بالقرآن لأنه غير متعارف اه. فقوله وكذا يفيد أنه ليس من قسم الحلف بغير الله تعالى بل هو من قسم الصفات ولذا علله بأنه غير متعارف ، ولو كان من القسم الأول كما هو المتبادر من كلام المصنف والقدوري لكانت العلة فيه النهي المذكور أو غيره ، لأن التعارف إنما يعتبر في الصفات المشتركة لافي غيرها . وقال في الفتح : وتعليل عدم كونه يمينا بأنه غيره تعالى لأنه مخلوق لأنه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بأن القرآن كلام الله منزل غير مخلوق : ولايخفى أن المنزل في الحقيقة ليس إلا الحروف المنقضية المنعدمة ، وما ثبت قدمه استحال عدمه ، غير أنهم أوجبوا ذلك لأن العوام إذا قيل لهم إن القرآن مخلوق تعدوا إلى الكلام مطلقا اه . وقوله ولا يخفى الخ رد للمنع .

وحاصله أن غير المخلوق هو القرآن بمعنى كلام الله الصفة النفسية القائمة به تعالى لابمعنى الحروف المنزلة غير أنه لايقال القرآن مخلوق لئلا يتوهم إرادة المعنى الأول .

فيدور مع العرف . وقال العيني : وعندى أن المصحف يمين لاسيما فى زماننا . وعند الثلاثة المصحف والقرآن وكلام الله يمين . زاد أحمد والنبى أيضا ، ولو تبرأ من أحدها فيمين إجماعا إلا من المصحف إلا أن يتبرأ مما فيه ، بل لو تبرأ من دفتر فيه بسملة كان يمينا ، ولو تبرأ من كل آية فيه أو من الكتب الأربعة فيمين واحدة ؛ ولو كرر البراءة فأيمان بعددها ، وبرىء من الله وبرىء من رسوله يمينان ؛ ولو زاد : والله ورسوله بريئان منه فأربع ، وبرىء من الله ألف مرة يمين واحدة ، وبرىء من الإسلام أو القبلة أو صوم رمضان أو الصلاة

قلت : فحيث لم يجز أن يطلق عليه أنه مخلوق ينبغى أن لايجوز أن يطلق عليه أنه غيره تعالى بمعنى أنه ليس صفة له ، لأن الصفات ليست عينا ولا غيرا كما قرر فى محله ، ولذا قالوا : من قال بخلق القرآن فهو كافر . ونقل فى الهندية عن المضمرات : وقد قيل هذا فى زمانهم ، أما فى زماننا فيمين وبه نأخذ ونأمر ونعتقد . وقال محمد ابن مقاتل الرازى : إنه يمين ، وبه أخذ جمهور مشايخنا اه فهذا مؤيد لكونه صفة تعورف الحلف بها كعزة الله وجلاله (قوله فيدور مع العرف) لأن الكلام صفة مشتركة (قوله وقال العينى الخ) عبارته : وعندى لو حلف بالمصحف أو وضع يده عليه وقال : وحق هذا فهو يمين ولا سيما فى هذا الزمان الذى كثرت فيه الأيمان الفاجرة ورغبة العوام فى الحلف بالمصحف اه وأقره فى النهر ، وفيه نظر ظاهر إذ المصحف ليس صفة لله تعالى حتى يعتبر فيه العرف وإلا لكان الحلف بالنبى والكعبة يمينا لأنه متعارف ، وكذا بحياة رأسك ونحوه ولم يقل به أحد . على أن قول الحالف وحق الله ليس بيمين كما يأتى تحقيقه ، وحق المصحف مثله بالأولى ، وكذا وحق كلام الله لأن حقه تعظيمه والعمل به وذلك صفة العبد ، نعم لو قال أقسم بما فى هذا المصحف من كلام الله تعالى ينبغى أن يكون يمينا (قوله ولو تبرأ من أحدها) أى أحد المذكورات من النبى والقرآن والقبلة (قوله إلا من المصحف) أى فلا يكون التبرى منه يمينا لأن المراد به الورق والجلد ، وقوله إلا أن يتبرأ مما فيه لأن مافيه هو القرآن ، وما ذكره فى النهر عن المجتبى من أنه لو تبرأ من المصحف انعقد يمينا فهو سبق قلم ، فإن عبارة المجتبى هكذا : ولو قال أنا برىء من القرآن أو مما فى المصحف فيمين ، ولو قال من المصحف فليس بيمين اه ومثله فى الذخيرة (قوله بل لو تبرأ من دفتر) صوابه مما فى دفتر كما علمته فى المصحف . قال فى الخانية : ولو رفع كتاب الفقه أو دفتر الحساب فيه مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم وقال أنا برىء مما فيه إن فعل كذا ففعل كان عليه الكفارة ، كما لو قال أنا برىء من بسم الله الرحمن الرحيم (قوله ولو تبرأ من كل آية فيه) أى فى المصحف كما فى المجتبى والذخيرة والخانية (قوله ولو كرر البراءة الخ) قال فى الذخيرة : ولو قال فهو برىء من الكتب الأربعة فهو يمين واحدة ، وكذا هو برىء من القرآن والزبور والتوراة والإنجيل ؛ ولو قال فهو برىء من القرآن وبرىء من التوراة وبرىء من الإنجيل وبرىء من الزبور فهى أربعة أيمان . وفى البحر عن الظهيرية : والأصل فى جنس هذه المسائل أنه متى تعددت صيغة البراءة تتعدد الكفارة ، وإذا اتحدت اتحدت (قوله يمينان) أى لتكرر البراءة مرتين ؛ أما لو قال برىء من الله ورسوله فقيل يمينان ، وصحح فى الذخيرة والمجتبى الأول . وعبارة البحر هنا موهمة خلاف المراد (قوله فأربع) لأن لفظ البراءة فى الثانية مذكور مرتين بسبب التثنية بحر (قوله يمين واحدة) لأن قوله ألف مرة للمبالغة فلم يتكرر فيها اللفظ حقيقة تأمل (قوله أو صوم رمضان الخ) زاد فى الذخيرة : ولو قال أنا برىء من هذه الثلاثين يعنى شهر رمضان إن فعلت كذا ، فإن نوى البراءة من فرضيتها فيمين أو من أجرها فلا ، وكذا لو لم تكن له نية للشك ؛ ولو قال فأنا برىء من حجتى التى حججت أو من صلاتى التى صليت لايكون يمينا ، بخلاف قوله من القرآن الذى تعلمت فإنه يمين اه . وفى البحر عن المحيط : لأنه فى الأول تبرأ عن فعله لا عن الحجة

أو من المؤمنين أو أعبد الصليب يمين ، لأنه كفر وتعليق الكفر بالشرط يمين وسيجيء أنه إن اعتقد الكفر به يكفر وإلا يكفر .

وفى البحر عن الخلاصة والتجريد : وتتعدد الكفارة لتعدد اليمين ، والمجلس والمجالس سواء ؛ ولو قال : عنيت بالثانى الأول ففى حلفه بالله لايقبل ، وبحجة أو عمرة يقبل . وفيه معزيا للأصل : هو يهودى هو نصرانى يمينان ، وكذا والله والله أو والله والرحمن فى الأصح . واتفقوا أن والله والرحمن يمينان ، وبلا عطف واحدة ؛ وفيه معزيا للفتح : قال الرازى : أخاف على من قال بحياتى وحياتك وحياة رأسك أنه يكفر

المشروعة ، وفى الثانى القرآن قرآن ؛ وإن تعلمه فالتبرى عنه كفر (قوله أو من المؤمنين) لأن البراءة منهم تكون لإنكار الأيمان خانية (قوله أو أعبد الصليب) كأن قال إن فعلت كذا فأنا أعبد الصليب (قوله لأنه كفر الخ) تعليل لقوله ولو تبرأ من أحدها مع ماعطف عليه (قوله وتعليق الكفر الخ) ولو قال هو يستحلّ الميتة أو الخمر أو الخنزير إن فعل كذا لايكون يمينا ؛

والحاصل أن كل شيء هو حرام حرمة مؤبدة بحيث لاتسقط حرمته بحال كالكفر وأشباهه ، فاستحلاله معلق بالشرط يكون يمينا ، وماتسقط حرمته بحال كالميتة والخمر وأشباه ذلك فلا ذخيرة (قوله وسيجيء) أى قريبا فى المتن (قوله وإلا يكفر) بالتشديد : أى تلزمه الكفارة .

مطلب تتعدد الكفارة لتعدد اليمين

(قوله وتتعدد الكفارة لتعدد اليمين) وفى البغية : كفارات الأيمان إذا كثرت تداخلت ، ويخرج بالكفارة الواحدة عن عهدة الجميع . وقال شهاب الأئمة : هذا قول محمد . قال صاحب الأصل : هو المختار عندى اهـ مقدسى ، ومثله فى القهستانى عن المنية (قوله وبحجة أو عمرة يقبل) لعل وجهه أن قوله إن فعلت كذا فعلىّ حجة ثم حلف ثانيا كذلك يحتمل أن يكون الثانى إخبارا عن الأول ، بخلاف قوله والله لا أفعله مرتين فإن الثانى لايحتمل الإخبار فلا تصح به نية الأول ، ثم رأيته كذلك فى الذخيرة . وفى ط عن الهندية عن المبسوط : وإن كان إحدى اليمينين بحجة والأخرى بالله تعالى فعليه كفارة وحجة (قوله وفيه معزيا للأصل الخ) أى وفى البحر : والظاهر أن فى العبارة سقطا ، فإن الذى فى البحر عن الأصل : لو قال هو يهودى هو نصرانى إن فعل كذا يمين واحدة ؛ ولو قال هو يهودى إن فعل كذا هو نصرانى إن فعل كذا فهما يمينان (قوله فى الأصح) راجع للمسألتين : أى إذا ذكر الواو بين الاسمين فالأصح أنهما يمينان سواء كان الثانى لايصلح نعتا للأول أو يصلح ، وهو ظاهر الرواية . وفى رواية يمين واحدة كما فى الذخيرة .

قلت : لكن يستثنى مافى الفتح حيث قال : ولو قال علىّ عهد الله وأمانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك وأحمد . وحكى عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة ، لأن كل لفظ يمين بنفسه ، وهو قياس مذهبنا إذا كررت الواو كما فى : والله والرحمن والرحيم إلا فى رواية الحسن اهـ (قوله واتفقوا الخ) يعنى أن الخلاف المذكور إذا دخلت الواو على الاسم الثانى وكانت واحدة ، فلو تكررت الواو مثل والله والرحمن فهما يمينان اتفاقا لأن إحداهما للعطف والأخرى للقسم كما فى البحر . وأما إذا لم تدخل على الاسم الثانى واو أصلا كقولك والله الله وكقولك والله الرحمن فهو يمين واحدة اتفاقا كما فى الذخيرة ، وهذا هو المراد بقوله وبلا عطف واحدة (قوله قال الرازى) هو علىّ حسام الدين الرازى . له كتب : منها خلاصة الدلائل فى شرح القدورى : سكن دمشق وتوفى

وإن اعتقد وجوب البر فيه يكفر ، ولولا أن العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت إنه مشرك . وعن ابن مسعود رضى الله عنه : لأن أحلف بالله كاذبا أحب إلىّ من أن أحلف بغيره صادقا .

(ولا) يقسم (بصفة لم يتعارف الحلف بها من صفاته تعالى كرحمته وعلمه ورضائه وغضبه وسخطه وعذابه) ولعنته وشريعته ودينه وحدوده وصفته وسبحان الله ونحو ذلك لعدم العرف (و) القسم أيضا (بقوله لعمر الله) أى بقاؤه

بها سنة إحدى وتسعين وخمسمائة (قوله وإن اعتقد وجوب البر فيه يكفر) ليس هذا من كلام الرازى المنقول فى الفتح والبحر بل مابعده ، وهذا إنما ذكره فى الفتح قبل نقل كلام الرازى ، وكأن الشارح ذكره هنا ليبين به أنه المراد من قوله يكفر ،وكان الأولى التصريح بأى التفسيرية . ثم المراد باعتقاد وجوب البر فيه كما قال ح اعتقاد الوجوب الشرعى بحيث لو حنث أثم وهذا قلما يقع (قوله ولا يعلمون) أى لايعلمون أن اليمين ماكان موجبها البر أو الكفارة الساترة لهتك حرمة الاسم وأن فى الحلف باسم غيره تعالى تسوية بين الخالق والمخلوق فى ذلك (قوله لقلت إنه مشرك) أى إن الحالف بذلك. وفى بعض النسخ إنه شرك بدون ميم : أى أن الحلف المذكور . وفى القهستانى عن المنية أن الجاهل الذى يحلف بروح الأمير وحياته ورأسه لم يتحقق إسلامه بعد . وفيه : وما أقسم الله تعالى بغير ذاته وصفاته من الليل والضحى وغيرهما ليس للعبد أن يحلف بها (قوله وعن ابن مسعود الخ) لعل وجهه أن حرمة الكذب فى الحلف به تعالى قد تسقط بالكفارة ، والحلف بغيره تعالى أعظم حرمة ولذا كان قريبا من الكفر ولا كفارة له ط (قوله ولا بصفة الخ) مقابل قوله المار أو بصفة يحلف بها ، وهذا مبنى على قول مشايخ ماوراء النهر من اعتبار العرف فى الصفات مطلقا بلا فرق بين صفات الذات وصفات الفعل وهو الأصح كما مر ، فالعلة فى إخراج هذه عدم العرف ، فلا حاجة إلى مافى الجوهرة من أن القياس فى العلم أن يكون يمينا لأنه صفة ذات ، لكن استحسنوا عدمه لأنه قد يراد به المعلوم وهو غيره تعالى فلا يكون يمينا إلا إذا أراد الصفة لزوال الاحتمال اه (قوله ورضائه) الأنسب مافى البحر ورضاه لأنه مقصور لا ممدود (قوله وسخطه) قال فى المصباح : سخط سخطا من باب تعب ،والسخط بالضم اسم منه : وهو الغضب(قوله وشريعته ودينه وحدوده) لا محل لذكرها هنا لأنها ليست من الصفات ،لأن المراد بها الأحكام المتعبد بها وهى غيره تعالى فلا يقسم بها وإن تعورف كما علم مما مر ويأتى ،فالمناسب ذكرها عند قول المصنف المتقدم لابغير الله تعالى كما فعل صاحب البحر (قوله وصفته) فى البحر عن الخانية : لو قال بصفة الله لا أفعل كذا لايكون يمينا ، لأن من صفاته تعالى مايذكر فى غيره فلا يكون ذكر الصفة كذكر الاسم اه (قوله وسبحان الله الخ) قال فى البحر : ولو قال لا إله إلا الله لا أفعل كذا لا يكون يمينا إلا أن ينوى ، وكذا قوله « سبحان الله والله أكبر » لا أفعل كذا لعدم العادة اه .

قلت : ولو قال الله الوكيل لا أفعل كذا ينبغى أن يكون يمينا فى زماننا لأنه مثل الله أكبر لكنه متعارف (قوله لعدم العرف) قال فى البحر : والعرف معتبر فى الحلف بالصفات (قوله وبقوله لعمر الله) بخلاف لعمرك ولعمر فلان فإنه لايجوز كما فى القهستانى وقد مر ، وهو بفتح العين والضم وإن كان بمعنى البقاء إلا أنه لايستعمل فى القسم لأنه موضع التخفيف لكثرة استعماله ، وهو مع اللام مرفوع على الابتداء والخبر محذوف وجوبا لسد جواب القسم مسده ، ومع حذفها منصوب نصب المصادر وحرف القسم محذوف ، تقول : عمر الله فعلت . قال فى الفتح : وأما قولهم عمرك الله مافعلت فمعناه بإقرارك له بالبقاء ، وينبغى أن لاينعقد يمينا لأنه بفعل المخاطب

(وايم الله) أى يمين الله (وعهد الله) ووجه الله وسلطان الله إن نوى به قدرته (وميثاقه) وذمته (و)القسم أيضا بقوله (أقسم أو أحلف أو أعزم أو أشهد) بلفظ المضارع ، وكذا الماضى بالأولى كأقسمت وحلفت وعزمت وآليت وشهدت (وإن لم يقل بالله) إذا علقه بشرط (وعلىّ نذر) فإن نوى بلفظ النذر قربة لزمته وإلا لزمته الكفارة ،

وهو إقراره واعتقاده اه نهر ملخصا (قوله وايم الله) قال فى المصباح : وأيمن استعمل فى القسم والتزم رفعه ، وهمزته عند البصريين وصل ، واشتقاقه عندهم من اليمن : وهو البركة . وعند الكوفيين قطع لأنه جمع يمين عندهم وقد يختصر منه فيقال وايم الله بحذف الهمزة والنون ثم اختصر ثانيا فقيل م الله بضم الميم وكسرها اه. قال القهستانى وعلى المذهبين مبتدأ خبره محذوف وهو يمينى ؛ ومعنى يمين الله ، احلف الله به نحو الشمس والضحى أو اليمين الذى يكون بأسمائه تعالى كما ذكره الوصى (قوله أى يمين الله) هذا مبنى على قول البصريين إنه مفرد ، واشتقاقه من اليمن وهو البركة ، ويكون ذلك تفسيرا لحاصل المعنى ، وإلا فكان المناسب أن يقول أى بركة الله أو يقول أى أيمن الله بصيغة الجمع على قول الكوفيين تأمل (قوله وعهد الله) لقوله تعالى — وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان — فقد جعل أهل التفسير المراد بالأيمان العهود السابقة فوجب الحكم باعتبار الشرع إياها أيمانا وإن لم تكن حلفا بصفة الله ، كما حكم بأن أشهد يمين كذلك . وأيضا غلب الاستعمال فلا يصرف عن اليمين إلا بنية عدمه ، وتمامه فى الفتح . وفى الجوهرة : إذا قال وعهد الله ولم يقل علىّ عهد الله ، فقال أبو يوسف هو يمين ، وعندهما لا اه .

قلت : لكن جزم فى الخانية بأنه يمين بلا حكاية خلاف .

[تنبيه] أفاد مامر أنه لو قال علىّ عهد الرسول لايكون يمينا ، بل قدمنا عن الصيرفية : لو قال علىّ عهد الله وعهد الرسول لا أفعل كذا لايصح ، لأن عهد الرسول صار فاصلا اه (قوله ووجه الله) لأن الوجه المضاف إلى الله تعالى يراد به الذات بحر أى على القول بالتأويل ، وإلا فيراد به صفة له تعالى هو أعلم بها (قوله إن نوى به قدرته) وإلا لايكون يمينا كما فى البحر ، وكأنه احتراز عما إذا نوى بالسلطان البرهان والحجة (قوله وميثاقه) هو عهد مؤكد بيمين وعهد كما فى المفردات قهستانى (قوله وذمته) أى عهده ولذا سمى الذمى معاهدا فتح (قوله أو أعزم) معناه أوجب فكان إخبارا عن الإيجاب فى الحال وهذا معنى اليمين ، وكذا لو قال عزمت لا أفعل كذا كان حالفا بحر عن البدائع (قوله أو أشهد) بفتح الهمزة والهاء وضم الهمزة وكسر الهاء خطأ مجتبى : أى خطأ فى الدين لما يأتى من أنه يستغفر الله ولا كفارة لعدم العرف (قوله بلفظ المضارع) لأنه للحال حقيقة ، ويستعمل للاستقبال بقرينة كالسين وسوف فجعل حالفا للحال بلا نية هو الصحيح ، وتمامه فى البحر (قوله بالأولى) لدلالته على التحقق لعدم احتمال الاستقبال (قوله وآليت) بمد الهمزة من الألية : وهى اليمين كما فى البحر (قوله إذا علقه بشرط) يعنى بمقسم عليه . قال فى النهر : واعلم أنه وقع فى النهاية وتبعه فى الدراية أن مجرد قول القائل أقسم وأحلف يوجب الكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث تمسكا بما فى الذخيرة أن قوله علىّ يمين موجب للكفارة وأقسم ملحق به ، وهذا وهم بين ، إذ اليمين بذكر المقسم عليه . وما فى الذخيرة معناه إذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين وتركه للعلم به يفصح عن ذلك قول محمد فى الأصل : واليمين بالله تعالى أو أحلف أو أقسم إلى أن قال : وإذا حلف بشىء منها ليفعلن كذا فحنث وجبت عليه الكفارة اه .

قلت : وأصل الرد لصاحب غاية البيان ، وتبعه فى الفتح والبحر أيضا وهو وجيه ، لكن هذا فى غير علىّ نذر أو علىّ يمين كما يأتى قريبا (قوله فإن نوى) مقابله محذوف تقديره وإنما يكون يمينا إذا لم ينو به قربة ، فإن نوى

وسيتضح (و) عليّ (يمين أو عهد وإن لم يضف) إلى الله تعالى إذا علقه بشرط مجتبى (و) القسم أيضا بقوله (إن فعل كذا فهو) يهودى أو نصرانى أو فاشهدوا عليّ بالنصرانية أو شريك للكفار أو (كافر)

الخ؛ قال فى كافى الحاكم : وإذا حلف بالنذر ، فإن نوى شيئا من حج أو عمرة أو غيره فعليه مانوى ، وإن لم تكن له نية فعليه كفارة يمين (قوله وسيتضح) أى قبيل الباب الآتى (قوله وإن لم يضف إلى الله تعالى) وكذا إن أضيف بالأولى كأن قال عليّ نذر الله أو يمين الله أو عهد الله (قوله إذا علقه بشرط) أى بمحلوف عليه حتى يكون يمينا منعقدة مثل عليّ نذر الله لأفعلن كذا أولا أفعل كذا ، فإذا لم يف بما حلف لزمته كفارة اليمين ، لكن فى لفظ النذر إذا لم يسم شيئا بأن قال عليّ نذر الله فإنه وإن لم يكن يمينا تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة كما فى الفتح . وذكر فى الفتح أيضا أن الحق أن عليّ يمين مثله إذا قاله على وجه الإنشاء لا الإخبار ولم يزد عليه فيوجب الكفارة لأنه من صيغ النذر ، ولو لم يكن كذلك لغا ، بخلاف أحلف وأشهد ونحوهما فإنها ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء اه .

وحاصله أن عليّ نذر يراد به نذر الكفارة ، وكذا عليّ يمين هو نذر للكفارة ابتداء بمعنى عليّ كفارة يمين لاحالف إلا بعد تعليقه بمحلوف عليه فيوجب الكفارة عند الحنث لا قبله ؛ ورده فى البحر بما فى المجتبى : لو قال عليّ يمين يريد به الإيجاب لا كفارة عليه إذا لم يعلقه بشيء اه .

أقول : الذى فى المجتبى بعد مارمز بلفظ ط للمحيط ، ولو قال عليّ يمين أو يمين الله فيمين . ثم قال : أى صاحب الرمز المذكور عليّ يمين يريد به الإيجاب لا كفارة عليه إذا لم يعلقه بشيء ، وكذا إذا قال لله عليّ يمين هكذا . روى عن أبى يوسف . وعن أبى حنيفة عليّ يمين لا كفارة لها يريد به الإيجاب فعليه يمين لها كفارة اه ما فى المجتبى . وظاهر كلامه أن فى المسألة اختلاف الرواية ، وإذا كان عليّ يمين من صيغ النذر ترجحت الرواية المروية عن أبى حنيفة فالرد على الفتح بالرواية المروية عن أبى يوسف غير صحيح . ثم رأيت فى الحاوى مانصه : لو قال عليّ نذر أو على يمين ولم يعلقه فعليه كفارة يمين اه فهذا صريح مافى الفتح فافهم .

[تنبيه] قدمنا أن اليمين تطلق على التعليق أيضا ، فلو علق طلاقا أو عتقا فهو يمين عند الفقهاء فصار لفظ اليمين مشتركا ، ولعلهم إنما صرفوه هنا إلى اليمين بالله تعالى ، لأنه هو الأصل فى المشروعية ولأنه هو المعنى اللغوى أيضا فينصرف عند الإطلاق إليه ، وينبغى أنه لو نوى به الطلاق أن تصح نيته لأنه نوى محتمل كلامه فيصير الطلاق معلقا على ماحلف وتقع به عند الحنث طلقة رجعية لا بائنة لأنه ليس من كنايات الطلاق ، خلافا لمن زعم أنه منها ، ولمن زعم أنه لايلزمه إلا كفارة يمين كما حققناه فى باب الكنايات ، لكن بقى لو قال أيمان المسلمين تلزمنى إن فعلت كذا فأفتى العلامة الطورى بأنه إن حنث وكانت له زوجة تطلق وإلا لزمته كفارة واحدة . ورده السيد محمد أبو السعود وأفتى بأنه لايلزمه شيء لأنه ليس من ألفاظ اليمين لاصريحا ولا كناية ، وأقره المحشى ولايخفى مافيه ، فإن أيمان جمع يمين واليمين عند الإطلاق ينصرف إلى الحلف بالله تعالى . وعند النية يصح إرادة الطلاق به كما علمت . وفى الخانية : رجل حلف رجلا على طلاق وعتاق وهدى وصدقة ومشى إلى بيت الله تعالى وقال الحالف لرجل آخر عليك هذه الأيمان فقال نعم يلزمه المشى والصدقة لا الطلاق والعتاق ، لأنه فيهما بمنزلة من قال لله عليّ أن أعتق عبدى أو أطلق امرأتى فلا يجبر على الطلاق والعتاق ولكن ينبغى له أن يعتق ؛ وإن قال الحالف لرجل آخر هذه الأيمان لازمة لك فقال نعم يلزمه الطلاق والعتاق أيضا اه أى لأن قوله نعم بمنزلة قوله هذه الأيمان لازمة لى فصار بمنزلة إنشائه الحلف بها فتلزمه كلها حتى الطلاق والعتاق ، ومقتضى هذا أن يلزمه كل ذلك فى قوله أيمان المسلمين تلزمنى خصوصا الهدى والمشى إلى بيت الله لأنها خاصة بالمسلمين ، وكذا الطلاق والعتق والصدقة ؛ فالقول بعد لزوم شيء أو بلزوم الطلاق فقط

فيكفر بحنثه لو فى المستقبل ، أما الماضى عالما بخلافه فغموس . واختلف فى كفره (و) الأصح أن الحالف (لم يكفر) سواء (علقه بماض أو آت إن كان عنده فى اعتقاده أنه (يمين وإن كان) جاهلا . و (عنده أنه يكفر فى الحلف) بالغموس وبمباشرة الشرط فى المستقبل (يكفر فيهما) لرضاه بالكفر ، بخلاف الكافر

غير ظاهر إلا أن يفرق بأن هذه الأيمان مذكورة صريحا فى فرع الخانية ، بخلافها فى فرعنا المذكور لكنه بعيد ، فإن لفظ أيمان جمع يمين ومع الإضافة إلى المسلمين زادت فى الشمول ، فينبغى لزوم أنواع الأيمان التى يحلف بها المسلمون لا خصوص الطلاق ولا خصوص اليمين بالله تعالى ، هذا ماظهر لى ، والله تعالى أعلم (قوله فيكفر بحنثه) أى تلزمه الكفارة إذا حنث إلحاقا له بتحريم الحلال ، لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر وقد اعتقده واجب الامتناع وأمكن القول بوجوبه لغيره جعلناه يمينا نهر (قوله أما الماضى) كإن كنت فعلت كذا فهو كافر أو يهودى ومثلها الحال (قوله عالما بخلافه) أما إذا كان ظانا صحته فلغو ح (قوله فغموس) لا كفارة فيها إلا التوبة فتح (قوله واختلف فى كفره) أى إذا كان كاذبا (قوله والأصح الخ) وقيل لا يكفر ، وقيل يكفر لأنه تنجيز معنى لأنه لما علقه بأمر كائن فكأنه قال ابتداء هو كافر .

واعلم أنه ثبت فى الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف على يمين بملة غير الإسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال » والظاهر أنه أخرج مخرج الغالب ، فإن الغالب ممن يحلف بمثل هذه الأيمان أن يكون جاهلا لا يعرف إلا لزوم الكفر على تقدير الحنث ، فإن تم هذا وإلا فالحديث شاهد لمن أطلق القول بكفره فتح (قوله فى اعتقاده) تفسير لقوله عنده ح . قال فى المصباح : وتكون عند بمعنى الحكم ، يقال : هذا عندى أفضل من هذا : أى فى حكمى (قوله وعنده أنه يكفر) عطف تفسير على قوله جاهلا .

وعبارة الفتح : وإن كان فى اعتقاده أنه يكفر به يكفر لأنه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل الذى علق عليه كفره وهو يعتقد أنه يكفر إذا فعله اهـ . وعبارة الدرر : وكفر إن كان جاهلا اعتقد أنه كفر الخ ، وبه ظهر أن عطف وعنده بالواو هو الصواب ، وما يوجد فى بعض النسخ من عطفه بأو خطأ لأنه يفيد أن المراد بالجاهل هو الذى لا يعتقد شيئا ، ولا وجه لتكفيره لما علمت من أنه إنما يكفر إذا اعتقده كفرا ليكون راضيا بالكفر ، أما الذى لا يعتقده كذلك لم يرض بالكفر حتى يقال إنه يكفر فافهم (قوله يكفر فيهما) أى فى الغموس والمنعقدة . أما فى الغموس ففى الحال ، وأما فى المنعقدة فعند مباشرة الشرط كما صرح به فى البحر قبيل قوله وحروفه ح .

ولا يقال : إن من نوى الكفر فى المستقبل كفر فى الحال ، وهذا بمنزلة تعليق الكفر بالشرط . لأنا نقول : إن من قال إن فعلت كذا فأنا كافر مراده الامتناع بالتعليق ومن عزمه أن لا يفعل فليس فيه رضا بالكفر عند التعليق بخلاف ما إذا باشر الفعل معتقدا أنه يكفر بمباشرته فإنه يكفر وقت مباشرته لرضاه بالكفر . وأما الجواب بأن هذا تعليق بماله خطر الوجود فلا يكفر به فى الحال ، بخلاف قوله إذا جاء يوم كذا فهو كافر فإنه يكفر فى الحال لأنه تعليق بمحقق الوجود ، ففيه أنه لو علقه بما له خطر يكفر أيضا كقوله إن كان كذا غدا فأنا أكفر فإنه يكفر من ساعته كما فى جامع الفصولين لأنه رضى فى الحال بكفره المستقبل على تقدير حصول كذا فافهم . وعلى هذا لو كان الحالف وقت الحلف ناويا على الفعل وقال إن فعلت كذا فهو كافر ينبغى أن يكفر فى الحال لأنه يصير عازما فى الحال على الفعل المستقبل الذى يعتقد كفره به (قوله بخلاف الكافر) أى إذا قال إن فعلت كذا فأنا مسلم . قال ح : فى بعض النسخ : بخلاف الكفر ، وعليها فضمير يصير عائد على الكافر الذى استلزمه الكفر ،

فلا يصير مسلما بالتعليق لأنه ترك كما بسطه المصنف فى فتاويه ، وهل يكفر بقوله الله يعلم أو يعلم الله أنه فعل كذا أو لم يفعل كذا كاذبا ؟ قال الزاهدى : الأكثر نعم . وقال الشمنى : الأصح لا ، لأنه قصد ترويج الكذب دون الكفر ؛ وكذا لو وطىء المصحف قائلا ذلك لأنه لترويج كذبه لا إهانة المصحف مجتبى . وفيه : أشهد الله لا أفعل يستغفر الله ولا كفارة ، وكذا أشهدك وأشهد ملائكتك لعدم العرف . وفى الذخيرة : إن فعلت كذا فلا إله فى السماء يكون يمينا ولا يكفر ، وفى فأنا برىء من الشفاعة ليس بيمين

والأولى أظهر اه (قوله لأنه ترك) أى لأن الكفر ترك التصديق والإقرار فيصح تعليقه بالشرط ، بخلاف الإسلام بأنه فعل والأفعال لا يصح تعليقها بالشرط . قال ح : وبهذا التقرير عرفت أن هذا تعليل لقوله يكفر فيهما لا لقوله فلا يصير مسلما بالتعليق اه .

قلت : لكن الظاهر أنه تعليل للمخالفة وبيان لوجه الفرق ، وإلا لعطفه على التعليل الأول (قوله كاذبا) حال من الضمير فى بقوله (قوله الأكثر نعم) لأنه نسب خلاف الواقع إلى علمه تعالى فيضمن نسبة الجهل إليه تعالى (قوله وقال الشمنى الأصح لا) جعله فى المجتبى وغيره رواية عن أبى يوسف . ونقل فى نور العين عن الفتاوى تصحيح الأول . وعلى القول بعدم الكفر قال ح يكون حينئذ يمينا غموسا لأنه على ماض ، وهذا إن تعورف الحلف به وإلا فلا يكون يمينا ، وعلى كل فهو معصية تجب التوبة منه اه لكن علمت أن التعارف إنما يعتبر فى الصفات المشتركة تأمل (قوله وكذا لو وطىء المصحف الخ) عبارة المجتبى بعد التعليل المنقول هنا عن الشمنى : هكذا قلت فعلى هذا إذا وطىء المصحف قائلا إنه فعل كذا أو لم يفعل كذا وكان كاذبا لا يكفر لأنه يقصد به ترويج كذبه لا إهانة المصحف اه لكن ذكر فى القنية والحاوى : ولو قال لها ضعى رجلك على الكراسة إن لم تكونى فعلت كذا فوضعت عليها رجلها لا يكفر الرجل لأن مراده التخويف وتكفر المرأة . قال رحمه الله : فعلى هذا لو لم يكن مراده التخويف ينبغى أن يكفر ، ولو وضع رجله على المصحف حالفا يتوب ، وفى غير الحالف استخفافا يكفر اه ، ومقتضاه أن الوضع لا يستلزم الاستخفاف ، ومثله فى الأشباه حيث قال : يكفر بوضع الرجل على المصحف مستخفا وإلا فلا اه . ويظهر لى أن نفس الوضع بلا ضرورة يكون استخفافا واستهانة له ، ولذا قال لو لم يكن مراده التخويف ينبغى أن يكفر : أى لأنه إذا أراد التخويف يكون معظما له ، لأن مراده حملها على الإقرار بأنها فعلت ، لعلمه بأن وضع الرجل أمر عظيم لا تفعله فتقر بما أنكرته ، أما إذا لم يرد التخويف فإنه يكفر لأنه أمرها بما هو كفر لما فيه من الاستخفاف والاستهانة ، ويدل على ذلك قول من قال يكفر من صلى بلا طهارة أو لغير القبلة لأنه استهانة فليتأمل (قوله لعدم العرف) قلت : هو فى زماننا متعارف ، وكذا الله يشهد أنى لا أفعل ، ومثله شهد الله علم الله أنى لا أفعل فينبغى فى جميع ذلك أن يكون يمينا للتعارف الآن (قوله يكون يمينا) قال فى البحر : وينبغى أن الحالف إذا قصد نفى المكان عن الله تعالى أنه لا يكون يمينا لأنه حينئذ ليس بكفر بل هو الأيمان اه ح (قوله ولا يكفر) لما كان مقتضى حلفه كون الإله فى السماء كان مظنة أن يتوهم كفره بنفس الحلف ، لأن فيه إثبات المكان له تعالى فقال ولا يكفر ، ولعل وجهه أن إطلاق هذا اللفظ وارد فى النصوص كقوله تعالى — وهو الذى فى السماء إله — وقوله تعالى — ءأمنتم من فى السماء — فلا يكفر بإطلاقه عليه تعالى وإن كانت حقيقة الظرفية غير مرادة ، فبالنظر إلى كون هذا اللفظ وارد فى القرآن كان نفيه كفرا ولذا انعقدت به اليمين كما فى نظائره ، وبالنظر إلى أن اعتقاد حقيقته اللغوية كفر كان مظنة كفره لاقتضاء حلفه كون الإله فى السماء ، هذا غاية ما ظهر لى فى هذا المحل . وفى أواخر جامع الفصولين : قال الله تعالى فى السماء عالم لو أراد به المكان كفر لا لو أراد به حكاية عما جاء فى ظاهر الإخبار

لأن منكرها مبتدع لا كافر ، وكذا فصلاتى وصيامى لهذا الكافر : وأما فصومى لليهود فيمين إن أراد به القربة لا إن أراد به الثواب (وقوله) مبتدأ خبره قوله الآتى لا (وحقا) إلا إذا أراد به اسم الله تعالى (وحق الله) واختار فى الاختيار أنه يمين للعرف ، ولو بالباء فيمين اتفاقا بحر (وحرمته) وبحرمة — شهد الله — وبحرمة — لاإله إلا الله — وبحق الرسول أو الإيمان أو الصلاة (وعذابه وثوابه ورضاه ولعنة الله وأمانته) لكن فى الخانية أمانة الله يمين . وفى النهر : إن نوى العبادات فليس بيمين

ولو لا نية له يكفر عند أكثرهم اه فتأمل (قوله لأن منكرها مبتدع لا كافر) أى واليمين إنما تنعقد إذا علقت بكفر ط (قوله وكذا فصلاتى الخ) أى أنه ليس بيمين بحر عن المجتبى ط (قوله وأما فصومى الخ) فى حاوى الزاهدى : وصلواتى وصياماتى لهذا الكافر فليس بيمين وعليه الاستغفار ، وقيل هذا إذا نوى الثواب ، وإن نوى القربة فيمين اه .

قلت : وبه علم أن ماهنا قول آخر ، إذ لايظهر فرق بين صلاتى وصومى بل التفصيل جار فيهما على هذا القول أى إن أراد القربة والعبادة يكون يمينا لكونه تعليقا على كفر ، وأما إن أراد الثواب فلا لأن الثواب على ذلك أمر غيبى غير محقق ولأن هبة الثواب للغير جائزة عندنا فلعله أراد تخفيف عذابه وإن لم يكن الكافر أهلا لثواب العبادة تأمل (قوله وحقا) فى المجتبى : وفى قوله وحقا أو حقا اختلاف المشايخ ، والأكثر على أنه ليس بيمين اه أى لا فرق بين ذكره بالواو وبدونها ، فما فى الملتقى وغيره من ذكره بدونها ليس بقيد فافهم (قوله إلا إذا أراد به اسم الله تعالى) مكرر مع ما يأتى متنا وكأنه أشار إلى أن المناسب ذكره هنا ح (قوله وحق الله) الحاصل أن الحق إما أن يذكر معرفا أو منكرا أو مضافا فالحق معرفا سواء كان بالواو أو بالباء يمين اتفاقا كما فى الخانية والظهيرية ، ومنكرا يمين على الأصح إن نوى ، ومضافا إن كان بالباء فيمين اتفاقا لأن الناس يحلفون به ، وإن كان بالواو فعندهما ، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف لا يكون يمينا . وعنه رواية أخرى أنه يمين لأن الحق من صفاته تعالى والحلف به متعارف . وفى الاختيار أنه المختار اعتبارا بالعرف اه . وبهذا علم أن المختار أنه يمين فى الألفاظ الثلاثة مطلقا ، أفاده فى البحر ، وتقدم أن المنكر بدون واو أو باء ليس بيمين عند الأكثر هذا .

وقد اعترض فى الفتح على مافى الاختيار بأن التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة فى الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره ، ولفظ حق لايتبادر منه ماهو صفة الله تعالى بل ماهو من حقوقه . ثم قال : ومن الأقوال الضعيفة ما قال البلخى إن قوله بحق الله يمين لأن الناس يحلفون به ، وضعفه لما علمت أنه مثل وحق الله (قوله وحرمته) اسم بمعنى الاحترام ، وحرمة الله مالا يحل انتهاكه فهو فى الحقيقة قسم بغيره تعالى حموى عن البرجندى ط (قوله وبحرمة شهد الله) بالدال المهملة فى كثير من النسخ والكتب : وفى بعضها شهر الله بالراء ، وكل من النسختين صحيح المعنى ح (قوله وبحق الرسول) فلا يكون يمينا لكن حقه عظيم ط عن الهندية (قوله ورضاه) مكرر مع مامر فى قوله ولا بصفة لم يتعارف الحلف بها الخ وكونه ليس يمينا لاينافى مامر فى قوله أوصفة فعل يوصف بها وبضدها الخ ، كما قدمناه هناك (قوله لكن فى الخانية الخ) حيث قال وأمانة الله يمين . وذكر الطحاوى أنه لايكون يمينا وهو رواية عن أبى يوسف اه . وفى البحر ذكر فى الأصل أنه يكون يمينا خلافا للطحاوى لأنها طاعته . ووجه مافى الأصل أن الأمانة المضافة إلى الله تعالى عند القسم يراد بها صفته اه . وفى الفتح : فعندنا ومالك وأحمد هو يمين . وعند الشافعى بالنية لأنها فسرت بالعبادات . قلنا غلب إرادة اليمين إذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة اه وبه علم أن المعتمد مافى الخانية (قوله فليس بيمين) أى اتفاقا لأنها ليست صفة ، لكن

(وإن فعله فعليه غضبه أوسخطه أو لعنة الله أو هو زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا لا) يكون قسما لعدم التعارف ، فلو تعورف هل يكون يمينا ؟ ظاهر كلامهم نعم ، وظاهر كلام الكمال لا ، وتمامه فى النهر :

وفى البحر : مايباح للضرورة لايكفر مستحله كدم وخنزير (إلا إذا أراد) الحالف (بقوله حقا اسم الله تعالى فيمين على المذهب) كما صححه فى الخانية :

(و) من (حروفه الواو والباء والتاء)

على المعتمد ينبغى أن لايصدق فى القضاء (قوله فعليه غضبه الخ) أى لا يكون يمينا أيضا لأنه دعاء على نفسه ، ولا يستلزم وقوع المدعو بل ذلك متعلق باستجابة دعائه ولأنه غير متعارف فتح (قوله أو هو زان الخ)لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن فى معنى حرمة الاسم ولأنه ليس بمتعارف هداية : أى أن حرمة هذه الأشياء تحتمل السقوط للضرورة أو نحوها (قوله لعدم التعارف) ظاهره أنه علة للجميع ، وقد علمت أن العرف معتبر فى الحلف بالصفات المشتركة تأمل (قوله فلو تعورف الخ) أى فى هو زان وما بعده كما يفيده كلام النهر ، والظاهر أن مثله فعليه غضبه الخ (قوله ظاهر كلامهم نعم) فيه نظر لأنهم لم يقتصروا على التعليل بالتعارف ، بل عللوا بما يقتضى عدم كونه يمينا مطلقا وهو كون عليه غضبه ونحوه دعاء على نفسه ، وكون هو زان يحتمل النسخ ثم عللوا بعدم التعارف لأنه عند عدم التعارف لايكون يمينا وإن كان مما يمكن الحلف به فى غير الاسم فكيف إذا كان مما لايمكن (قوله وظاهر كلام الكمال لا) حيث قال : إن معنى اليمين أن يعلق الحالف مايوجب امتناعه من الفعل بسبب لزوم وجوده : أى وجود ماعلقه كالكفر عند وجود الفعل المحلوف عليه كدخول الدار ، وهنا لايصير بمجرد الدخول زانيا أو سارقا حتى يوجب امتناعه عن الدخول ، بخلاف الكفر فإنه بمباشرة الدخول يتحقق الرضا بالكفر فيوجب الكفر اه ملخصا موضحا ، والمراد أنه يوجب الكفر عند الجهل والكفارة عند العلم ولا يخفى أن هذا التعليل يصلح أيضا لنحو عليه غضبه لأنه لاتتحقق استجابة دعائه بمباشرة الشرط فلا يوجب امتناعه عن مباشرته فلم يكن فيه معنى اليمين وإن تعورف (قوله وفى البحر الخ) هذا غير منقول بل فهمه فى البحر من قول الولوالجية فى تعليل قوله هو يستحل الدم أو لحم الخنزير إن فعل كذا لايكون يمينا لأن استحلال ذلك لايكون كفرا لامحالة فإنه حالة الضرورة يصير حلالا اه :

واعترضه المحشى بأنه وهم باطل لأن قول الولوالجية لامحالة قيد للمنفى وهو يكون لا للنفى وهو لايكون ، فالمعنى أن كون استحلاله كفرا على الدوام منفى بل قد لايكون كفرا ، يوضحه مافى المحيط من أنه لايكون يمينا للشك لأنه قد يكون استحلاله كفرا كما فى غير حالة الضرورة فيكون يمينا ، وقد لايكون كفرا كما فى حالة الضرورة فلا يكون يمينا ، فقد حصل الشك فى كونه يمينا أو لا بخلاف هو يهودى إن فعل كذا لأن اليهودى من ينكر رسالة محمد صلى الله عليه وسلم وذلك كفر دائما ، فكل ماحرم مؤبدا فاستحلاله معلقا بالشرط يكون يمينا ومالا فلا اه ملخصا .

مطلب حروف القسم

(قوله ومن حروفه) أفاد أن له حروفا أخر نحو من الله بكسر الميم وضمها صرح به القهستانى عن الرضى ح :

قلت : وفى الدمامينى عن التسهيل : ومن مثلث الحرفين مع توافق الحركتين اه فافهم ، والمراد بالحروف الأدوات لأن من الله وكذا الميم اسم مختصر من أيمن كما مر ، والضمير فى حروفه راجع إلى القسم أو الحلف أو إلى اليمين بتأويل القسم وإلا فاليمين مؤنثة سماعا (قوله الواو والباء والتاء) قدم الواو لأنها أكثر استعمالا فى القسم ولذا

ولام القسم وحرف التنبيه وهمزة الاستفهام وقطع ألف الوصل والميم المكسورة والمضمومة كقوله لله وها الله وم الله.
(وقد تضمر) حروفه إيجازا فيختص اسم الله بالحركات الثلاث وغيره بغير الجر والتزم رفع أيمن ولعمر الله
(كقوله الله) بنصبه بنزع الخافض ، وجره الكوفيون

لم تقع الباء فى القرآن إلا فى — بالله إن الشرك لظلم عظيم — مع احتمال تعلقها بـ « لا تشرك » وقدم غيره الباء لأنها الأصل لأنها صلة أحلف وأقسم ولذا دخلت فى المظهر والمضمر نحو بك لأفعلن (قوله ولام القسم) وهى المختصة بالله فى الأمور العظام قهستانى : أى لاتدخل على غير اسم الجلالة وهى مكسورة ، وحكى فتحها كما فى حواشى شرح الأجرومية . وفى الفتح : ولا تستعمل اللام إلا فى قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس : دخل آدم الجنة ، فلله ماغربت الشمس حتى خرج ، وقولهم لله مايؤخر الأجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لايصح فى اللغة إلا أن يتعارف كذلك ، وقول الهداية فى المختار كما فى بعض النسخ احتراز عما عن أبى حنيفة أنه إذا قال لله على أن لاأكلم زيدا أنها ليست بيمين إلا أن ينوى لأن الصيغة للنذر ، ويحتمل معنى اليمين اهـ (قوله وحرف التنبيه) المراد به ها محذوف الألف أو ثابتها مع وصل ألف الله وقطعها كما فى التسهيل لابن مالك (قوله همزة الاستفهام) هى همزة بعدها ألف ولفظ الجلالة بعدها مجرور ، وتسميتها بهمزة الاستفهام مجاز كذا فى الدمامينى على التسهيل ح : والظاهر أن الجر بهذه الأحرف لنيابتها عن أحرف القسم ط (قوله وقطع ألف الوصل) أى مع جر الاسم الشريف ح أى فالهمزة نابت عن حرف القسم وليس حرف القسم مضمرا لأن مايضمر فيه حرف القسم تبقى همزته همزة وصل ، نعم عند ابتداء الكلام تقطع الهمزة فيحتمل الوجهين ، أما عند عدم الابتداء كقولك يازيد الله لأفعلن فإن قطعتها كان مما نحن فيه وإلا فهو من الإضمار فافهم (قوله والميم المكسورة والمضمومة) وكذا المفتوحة ، فقد نقل الدمامينى فيها التثليث . وفى ط لعلهم اعتبروا صورتها فعدوها من حروف القسم وإلا فقد سبق أنها من جملة اللغات فى أيمن الله كمن الله (قوله لله) بكسر لام القسم وجر الهاء كما قدمناه فافهم (قوله وها الله) مثال لحرف التنبيه والهاء مجرورة ح (قوله م الله) بتثليث الميم كما قدمناه والهاء مجرورة (قوله وقد تضمر حروفه) فيه أن الذى يضمر هو الباء فقط ، لأنها حرف القسم الأصلى كما نقله القهستانى عن الكشف والرضى ، وأراد بالإضمار عدم الذكر فيصدق بالحذف . والفرق بينهما أن الإضمار يبقى أثره بخلاف الحذف . قال فى الفتح : وعليه ينبغى كون الحرف محذوفا فى حالة النصب ومضمرا فى حالة الجر لظهور أثره ، وقوله فى البحر قال تضمر ولم يقل تحذف للفرق بينهما الخ يوهم أنه مع النصب لايكون حالفا وليس كذلك ، ولذا قال فى النهر إنه بمعزل عن التحقيق ، لأنه كما يكون حالفا مع بقاء الأثر يكون أيضا حالفا مع النصب بل هو الكثير فى الاستعمال وذاك شاذ اهـ أى شاذ فى غير اسم الله تعالى فافهم (قوله بالحركات الثلاث) أما الجر والنصب فعلى إضمار الحرف أو حذفه مع تقدير ناصب كما يأتى ، وأما الرفع فقال فى الفتح على إضمار مبتدإ ، والأولى كونه على إضمار خبر ، لأن الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بكونه مبتدأ والتقدير الله قسمى أو قسمى الله اهـ (قوله وغيره) أى ويختص غير اسم الجلالة كالرحمن والرحيم بغير الجر أى بالنصب والرفع ، أما الجر فلا لأنه لايجوز حذف الجار وإبقاء عمله إلا فى مواضع منها لفظ الجلالة فى القسم دون عوض نحو الله لأفعلن (قوله بنصبه بنزع الخافض) هذا خلاف أهل العربية ، بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به إلا أن يراد عند انتزاع الخافض : أى بالفعل عنده ، كذا فى الفتح أى فالباء فى بنزع للسببية لاصلة نصبه لأن النزع ليس من عوامل النصب ، بل الناصب هو الفعل ، ويتعدى بنفسه توسعا بسبب نزع الخافض كما فى — أعجلتم أمر ربكم — أى عن أمره — واقعدوا لهم كل مرصد — أى عليه (قوله وجره الكوفيون) كذا حكى الخلاف فى المبسوط . قال فى الفتح : ونظر فيه بأنهما أى

مسكين (لأفعلن كذا) أفاد أن إضمار حرف التأكيد فى المقسم عليه لايجوز ثم صرح به بقوله (الحلف) بالعربية (فى الإثبات لايكون إلا بحرف التأكيد وهو اللام والنون كقوله والله لأفعلن كذا)

النصب والجر وجهان سائغان للعرب ليس أحد ينكر أحدهما ليتأتى الخلاف اه وسكت الشارح عن الرفع مع أنه ذكره أيضا فى قوله بالحركات الثلاث .

[تنبيه] هذه الأوجه الثلاثة وكذا سكون الهاء ينعقد بها اليمين مع التصريح بباء القسم . فى الظهيرية : بالله لأفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها أو رفعها يكون يمينا ؛ ولو قال الله لأفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها لايكون يمينا إلا أن يعربها بالجر فيكون يمينا ، وقيل يكون يمينا مطلقا اه .

قلت : وقول المتون وقد تضمر يشير إلى القول الأول ، لما علمت من أن الإضمار يبقى أثره فلا بد من الجر لكنه خلاف مامشى عليه فى الهداية وغيرها من تجويز النصب ، وقدمنا عن الجوهرة أنه الصحيح ، بل قال فى البحر وينبغى أنه إذا نصب أنه يكون يمينا بلا خلاف لأن أهل اللغة لم يختلفوا فى جواز كل من الوجهين ، ولكن النصب أكثر كما ذكره عبد القاهر فى مقتصده كذا فى غاية البيان اه .

قلت : بقى الكلام على عدم كونه يمينا مع سكون الهاء . وقد رده فى الفتح حيث قال : ولا فرق فى ثبوت اليمين بين أن يعرب المقسم به خطأ أو صوابا أو يسكنه خلافا لما فى المحيط فيما إذا سكنه ، لأن معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع أو الحمل معقودا بما أريد منعه أو فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية فى اللفظ اه (قوله أن إضمار حرف التأكيد) الإضافة فى حرف للجنس لأن المراد اللام والنون فإن حذفهما فى جواب القسم المستقبل المثبت لايجوز ، نعم حذف أحدهما جائز عند الكوفيين لا عند البصريين ، وكذا يجوز إن كان الفعل حالا كقراءة ابن كثير — لأقسم بيوم القيامة — وقول الشاعر :

يمينا لأبغض كل امرئ ... يزخرف قولا ولا يفعل

مطلب فيما لو أسقط اللام والنون من جواب القسم

(قوله الحلف بالعربية الخ) على هذا أكثر مايقع من العوام لايكون يمينا لعدم اللام والنون فلا كفارة عليهم فيها مقدسى ، يعنى لايكون يمينا على الإثبات ، وقوله فلا كفارة عليهم فيها : أى إذا تركوا ذلك الشىء . ثم قال المقدسى : لكن ينبغى أن تلزمهم لتعارفهم الحلف بذلك ، ويؤيده مانقلناه عن الظهيرية أنه لو سكن الهاء أو رفع أو نصب فى بالله يكون يمينا مع أن العرب مانطقت بغير الجر فليتأمل ، وينبغى أن يكون يمينا وإن خلا من اللام والنون ، ويدل عليه قوله فى الولوالجية : سبحان الله أفعل لاإله إلا الله أفعل كذا ليس بيمين إلا أن ينويه اه

واعترضه الخير الرملى بأن مانقله لايدل لمدعاه ، أما الأول فلأنه تغيير إعرابى لايمنع المعنى الموضوع فلا يضر التسكين والرفع والنصب ، لما تقرر أن اللحن لايمنع الانعقاد ، وأما الثانى فلأنه ليس من المتنازع فيه ، إذ المتنازع فيه الإثبات والنفى لأنه يمين والنقل يجب اتباعه اه .

قلت : وفيه نظر ، أما أولا فلأن اللحن الخطأ كما فى القاموس . وفى المصباح : اللحن الخطأ فى العربية ، وأما ثانياً فلأن قول الولوالجية سبحان الله أفعل عين المتنازع فيه لاغيره فإنه أتى بالفعل المضارع مجردا من اللام والنون وجعله يمينا مع النية ، ولو كان على النفى لوجب أن يقال إنه مع النية يمين على عدم الفعل كما لايخفى ، وإنما اشترط النية لكونه غير متعارف كما مر . وقال ح : وبحث المقدسى وجيه . وقول بعض الناس إنه يصادم المنقول يجاب عنه بأن المنقول فى المذهب كان على عرف صدر الإسلام قبل أن تتغير اللغة ، وأما الآن فلا يأتون باللام

والنون فى مثبت القسم أصــلا ويفرقون بين الإثبات والنفى بوجود لا وعدمها ، وما اصطلاحهم على هذا إلا كاصطلاح لغة الفرس ونحوها فى الأيمان لمن تدبر اه .

قلت : ويؤيده ماذكره العلامة قاسم وغيره من أنه يحمل كلام كل عاقد وحالف وواقف على عرفه وعادته سواء وافق كلام العرب أم لا ، ويأتى نحوه عن الفتح فى أول الفصل الآتى . وقد فرق أهل العربية بين بلى ونعم فى الجواب بأن بلى لإيجاب مابعد النفى ونعم للتصديق ، فإذا قيل ماقام زيد ، فإن قلت بلى كان معناه قد قام ، وإن قلت نعم كان معناه ما قام . ونقل فى شرح المنار عن التحقيق أن المعتبر فى أحكام الشرع العرف حتى يقام كل واحد منهما(١) مقام الآخر اه ومثله فى التلويح . وقول المحيط هنا والحلف بالعربية أن يقول فى الإثبات والله لأفعلن الخ بيان للحكم على قواعد العربية وعرف العرب وعادتهم الخالية عن اللحن ، وكلام الناس اليوم خارج عن قواعد العربية سوى النادر ، فهو لغة اصطلاحية لهم كباقى اللغات الأعجمية ، فلا يعاملون بغير لغتهم وقصدهم إلا من التزم منهم الإعراب أو قصد المعنى اللغوى ، فينبغى أن يدين . وعلى هذا قال شيخ مشايخنا السائحانى : إن أيماننا الآن لاتتوقف على تأكيد ، فقد وضعناها وضعا جديدا واصطلحنا عليها وتعارفناها ، فيجب معاملتنا على قدر عقولنا ونياتنا كما أوقع المتأخرون الطلاق بعلىّ الطلاق ، ومن لم يدر بعرف أهل زمانه فهو جاهل اه .

قلت : ونظير هذا ماقالوه من أنه لو أسقط الفاء الرابطة لجواب الشرط فهو تنجيز لا تعليق ، حتى لو قال إن دخلت الدار أنت طالق تطلق فى الحال وهذا مبنى على قواعد العربية أيضا ، وهو خلاف المتعارف الآن فينبغى بناؤه على العرف كما قدمناه عن المقدسى فى باب التعليق ، وقدمنا هناك مايناسب ذكره هنا فراجعه ، والله سبحانه أعلم .

[تنبيه] مامر إنما هو فى القسم ، بخلاف التعليق فإنه وإن سمى عند الفقهاء حلفا ويمينا لكنه لايسمى قسما ، فإن القسم خاص باليمين بالله تعالى كما صرح به القهستانى ، أما التعليق فلا يجرى اشتراط اللام والنون فى المثبت منه لاعند الفقهاء ولا عند اللغويين ، ومنه الحرام يلزمنى وعلىّ الطلاق لا أفعل كذا فإنه يراد به فى العرف إن فعلت كذا فهى طالق فيجب إمضاؤه عليهم كما صرح به فى الفتح وغيره كما يأتى . قال ح : فاندفع بهذا ماتوهمه بعض الأفاضل من أن فى قول القائل علىّ الطلاق أجىء اليوم ، إن جاء فى اليوم وقع الطلاق وإلا فلا لعدم اللام والنون ؛ وأنت خبير بأن النحاة إنما اشترطوا ذلك فى جواب القسم المثبت لافى جواب الشرط ، وإلا كان معنى قولك إن قام زيد أقم إن قام زيد لم أقم ولم يقل به عاقل فضلا عن فاضل . على أن قوله أجىء ليس جواب الشرط بل هو فعل الشرط ، لأن المعنى إن لم أجىء اليوم فأنت طالق ، وقد وقع هذا الوهم بعينه للشيخ الرملى فى الفتاوى الخيرية ولغيره أيضا . قال السيد أحمد الحموى فى تذكرته الكبرى : رفع إلىّ سؤال صورته : رجل اغتاظ من ولد زوجته فقال علىّ الطلاق إنى أصبح أشتكيك من النقيب فلما أصبح تركه ولم يشتكه ومكث مدة فهل والحالة هذه يقع الطلاق أم لا ؟ الجواب : إذا ترك شكايته ومضى مدة بعد حلفه لايقع عليه الطلاق لأن الفعل المذكور وقع فى جواب اليمين وهو مثبت فيقدر النفى حيث لم يؤكد ، والله تعالى أعلم ؛ كتبه الفقير عبد المنعم النبتيتى فرفعه إلى جماعة قائلين ماذا يكون الحال ، فقد زاد به الأمر وتقدم بين العوام وتأخرت أولو الفضل أفيدوا الجواب ؟

(١) (قوله كل واحد منهما الخ) أى من نعم وبلى اه منه .

ووالله لقد فعلت كذا مقرونا بكلمة التوكيد وفى النفى بحرف النفى ، حتى لو قال والله أفعل كذا اليوم كانت يمينه على النفى وتكون لامضمرة كأنه قال لاأفعل كذا لامتناع حذف حرف التوكيد فى الإثبات لإضمار العرب فى الكلام الكلمة لابعض الكلمة من البحر عن المحيط (وكفارته) هذه إضافة للشرط لأن السبب عندنا الحنث (تحرير رقبة أو إطعام عشرة مساكين)

فأجبت بعد الحمد لله : ما أفتى به من عدم وقوع الطلاق معللا بأن الفعل المذكور وقع جوابا ليمين وهو مثبت فيقدر النفى حيث لم يؤكد ، فنبئ عن فرط جهله وحمقه وكثرة مجازفته فى الدين وخرقه إذ ذاك فى الفعل إذا وقع جوابا للقسم بالله نحو — تالله تفتؤ — أى لاتفتؤ لافى جواب اليمين بمعنى التعليق بما يشتق من طلاق وعتاق ونحوهما ، وحينئذ إذا أصبح الحالف ولم يشتكه وقع عليه الطلاق الثلاث وبانت زوجته منه بينونة كبرى .

إذا تقرر هذا فقد ظهر لك أن هذا المفتى أخطأ خطأ صراحا لايصدر عن ذى دين وصلاح ، ولله در القائل :

من الدين كشف الستر عن كل كاذب وعن كل بدعى أتى بالعجائب
فلولا رجال مؤمنون لهدّمت صوامع دين الله من كل جانب

والله الهادى للصواب ، وإليه المرجع والمآب (قوله ووالله لقد فعلت) بصيغة الماضى ولا بد فيها من اللام مقرونة بقد أو ربما إن كان متصرفا وإلا فغير مقرونة كما فى التسهيل (قوله وفى النفى الخ) عطف على قوله فى الإثبات أى أن الحلف إذا كان الجواب فيه مضارعا منفيا لايكون باللام والنون إلا لضرورة أو شذوذ بل يكون بحرف النفى ولو مقدرا كقوله تعالى — تالله تفتؤ — فقوله ، حتى لو قال الخ تفريع صحيح أفاد به أن حرف النفى إذا لم يذكر يقدر ، وأن الدالّ على تقديره عدم شرط كونه مثبتا وهو حرف التوكيد وأنه إذا دار الأمر بين تقدير النافى وحرف التوكيد تعين تقدير النافى لأنه كلمة لابعض كلمة فافهم ، لكن اعترض الخير الرملى بأن حرف التوكيد كلمة أيضا . والجواب أن المراد بالكلمة مايتكلم بها بدون غيرها أو ماليست متصلة بغيرها فى الخط (قوله وكفارته) أى اليمين بمعنى الحلف أو القسم ، فلا يرد أنها مؤنث سماعا نهر (قوله هذه إضافة للشرط) لما كان الأصل فى إضافة الأحكام إضافة الحكم إلى سببه كحد الزنا أو الشرب أو السرقة واليمين ليس سببا عندنا للكفارة خلافا للشافعى رحمه الله تعالى بل السبب عندنا هو الحنث كما يأتى بين أن ذلك خارج عن الأصل وأنه من الإضافة إلى الشرط مجازا ، وهى جائزة وثابتة فى الشرع كما فى كفارة الإحرام وصدقة الفطر ، وكون اليمين شرطا لاسببا مبين بأدلته فى الفتح وغيره .

مطلب كفارة اليمين

(قوله تحرير رقبة) لم يقل عتق رقبة لأنه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لم يجز نهر (قوله عشرة مساكين) أى تحقيقا أو تقديرا ؛ حتى لو أعطى مسكينا واحدا فى عشرة أيام كل يوم نصف صاع يجوز ، ولو أعطاه فى يوم واحد بدفعات فى عشر ساعات ، قيل يجزى ، وقيل لا ، وهو الصحيح ، لأنه إنما جاز إعطاؤه فى اليوم الثانى تنزيلا له منزلة مسكين آخر لتجدد الحاجة من حاشية السيد أبى السعود . وفيها : يجوز أن يكسو مسكينا واحدا فى عشر ساعات من يوم عشرة أثواب أو ثوبا واحدا ، بأن يؤديه إليه ثم يسترده منه إليه أو إلى غيره بهبة أو غيرها ، لأن لتبدل الوصف تأثيرا فى تبدل العين ، لكن لايجوز عند أكثرهم قهستانى عن الكشف ، وقوله لكن لايجوز يحتمل تعلقه بالثانية فقط أو بها وبالأولى أيضا وهو الظاهر بدليل ماقدمناه اهـ .

قلت : ومراده بالثانية قوله أو ثوبا واحدا ، وفى الجوهرة : وإذا أطعمهم بلا إدام لم يجز إلا فى خبز الحنطة

كما مر فى الظهار (أو كسوتهم بما) يصلح الأوساط وينتفع به فوق ثلاثة أشهر ، و (يستر عامة البدن) فلم يجز السراويل إلا باعتبار قيمة الإطعام .

وإذا غدى مسكينا وعشى غيره عشرة أيام لم يجزه لأنه فرق طعام العشرة على عشرين ، كما إذا فرق حصة المسكين على مسكينين ، ولو غدى مسكينا وأعطاه قيمة العشاء أجزأه ، وكذا إذا فعله فى عشرة مساكين ؛ ولو عشاهم فى رمضان عشرين ليلة أجزأه اه لكن فى البزازية إذا غداهم فى يوم وعشاهم فى يوم آخر فعن الثانى فيه روايتان : فى رواية شرط وجودهما فى يوم واحد ، وفى رواية المعلى لم يشترط . وفى كافى الحاكم : وإن أطعم عشرة مساكين كل مسكين صاعا عن يمينين لم يجزه إلا عن إحداهما عندهما . وقال محمد : يجزيه عنهما (قوله كما مر فى الظهار) أى كالتحرير والإطعام المارين فى الظهار من كون الرقبة غير فائتة جنس المنفعة ولا مستحقة للحرية بجهة . وفى الاطعام ، إما التمليك ، أو الإباحة ، فيعشيهم ويغديهم ؛ ولو أطعم خمسة وكسا خمسة أجزأه ذلك عن الإطعام إن كان أرخص من الكسوة . وعلى العكس لا يجوز ، هذا فى إطعام الإباحة ؛ أما إذا ملكه فيجوز ويقام مقام الكسوة ؛ ولو أعطى عشرة كل واحد ألف منّ من الحنطة عن كفارة اليمين لايجوز إلا عن واحدة عند الإمام والثانى ، وكذا فى كفارة الظهار كذا فى الخلاصة نهر .

قلت : وبه علم أن حيلة الدرر لا تنفع هنا بخلافها فى إسقاط الصلاة (قوله بما يصلح للأوساط) وقيل يعتبر فى الثوب حال القابض ، إن كان يصلح له يجوز وإلا فلا . قال السرخسى : والأول أشبه بالصواب بزازية (قوله وينتفع به فوق ثلاثة أشهر) لأنها أكثر نصف مدة الثوب الجديد كما فى الخلاصة ، فلا يشترط كونه جديدا والظاهر أنه لو كان جديدا رقيقا لايبقى هذه المدة لايجزى (قوله ويستر عامة البدن) أى أكثره كالملاءة أو الجبة أو القميص أو القباء قهستانى ، وهذا بيان لأدناه عندهما . والمروى عن محمد ماتجوز فيه الصلاة ، وعليه فيجزيه دفع السراويل عنده للرجل لا للمرأة (قوله فلم يجز السراويل) هو الصحيح لأن لابسه يسمى عريانا عرفا فلابد على هذا أن يعطيه قميصا أو جبة أو رداء أو قباء أو إزارا سابلا بحيث يتوشح به(١) عندهما وإلا فهو كالسراويل ، ولاتجزى العمامة إلا إن أمكن أن يتخذ منها ثوب مجزئ . وأما القلنسوة فلا تجزى بحال ، ولا بد للمرأة من خمار مع الثوب لأن صلاتها لاتصح بدونه ، وهذا : أى التعليل المذكور يشابه المروى عن محمد فى السراويل أنه لايكفى للمرأة . وظاهر الجواب مايثبت به اسم المكتسى وينتفى عنه اسم العريان لا صحة الصلاة وعدمها ، والمرأة إذا كانت لابسة قميصا سابلا وخمارا غطى رأسها وأذنيها دون عنقها لاشك فى ثبوت اسم أنها مكتسية لاعريانة ومع هذا لاتصح صلاتها اه ملخصا من الفتح .

وحاصله أنه لابد مع الثوب من الخمار ، لكن لا يشترط أن يكون الخمار مما تصح به الصلاة . وقد اقتصر فى البحر على صدر عبارة الفتح فأوهم أنه لايشترط الخمار أصلا وليس كذلك فليتنبه له . وفى الشرنبلالية : ولم أر حكم مايغطى رأس الرجل اه .

قلت : إن كان توقفه فى إجزائه فلا شك فى عدمه ، وإن كان فى اشتراطه مع الثوب فظاهر مامر عدمه . وفى الكافى : الكسوة ثوب لكل مسكين إزار ورداء أو قميص أو قباء أو كساء اه وقدمنا أن المراد مايستر أكثر البدن (قوله إلا باعتبار قيمة الإطعام) ومثله لو أعطى نصف ثوب تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير أجزأه عن إطعام فقير ، وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لايكفى كل واحد حصته منه

---

(١) (قوله يتوشح به) يقال توشح بثوبه : وهو أن يدخله تحت إبطه الأيمن ويلقيه على منكبه الأيسر كما يفعل المحرم مصباح اه منه .

(ولو أدى الكل) جملة أو مرتبا ولم ينو إلا بعد تمامها للزوم النية لصحة التكفير (وقع عنها واحد هو أعلاها قيمة ، ولو ترك الكل عوقب بواحد هو أدناها قيمة) لسقوط الفرض بالأدنى (وإن عجز عنها) كلها (وقت الأداء) عندنا ، حتى لو وهب ماله وسلمه ثم صام ثم رجع بهبة أجزأه الصوم مجتبى. قلت: وهذا يستثنى من قولهم الرجوع في الهبة فسخ من الأصل (صام ثلاثة أيام ولاء) ويبطل بالحيض ، بخلاف كفارة الفطر . وجوّز الشافعي التفريق ، واعتبر العجز عند الحنث ممسكين (والشرط استمرار العجز إلى الفراغ من الصوم ، فلو صام المعسر يومين ثم) قبل فراغه ولو بساعة (أيسر) ولو بموت مورّثه موسرا (لايجوز له الصوم) ويستأنف بالمال خانية ، ولو صام ناسيا للمال لم يجز على الصحيح مجتبى . ولو نسى كيف حلف بالله أو بطلاق أو بصوم لاشيء عليه إلا أن يتذكر خانية (ولم يجز) التكفير ولو بالمال خلافا للشافعي (قبل حنث) ولا يسترده من الفقير لوقوعه صدقة

للكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ماذكرنا أجزأه عن الكفارة بالإطعام . ثم ظاهر المذهب أنه لايشترط للإجزاء عن الإطعام أن ينوى به عن الإطعام . وعن أبي يوسف يشترط فتح (قوله ولم ينو إلا بعد تمامها) شرط فى قوله مرتبا فقط . وفيه أن النية بعد تمامها إنما تلائم الإطعام والكسوة لصحة النية بعد الدفع ماداما فى يد الفقير كما فى الزكاة وأما الإعتاق فلا ، إلا أن تصوّر المسألة فيما إذا تقدمت الكسوة والإطعام وعند الإعتاق نوى الثلاثة عن الكفارة اهـ والمراد بالإطعام التمليك لا الإباحة لأنهم لو أكلوا عنده ثم نوى لم يصح فيما يظهر تأمل .

ثم إن مراد الشارح بيان إمكان تصوير المسألة وهو وقوع الأعلى قيمة عن الكفارة ، لأنه إذا كان لابد من النية فإذا فعل الثلاثة ، فما نواه أولا وقع عنها وإن كان هو الأدنى ، فبين إمكان ذلك بما إذا فعل الكل جملة أو مرتبا لكنه أخر النية (قوله للزوم النية) علة لما استفيد من المقام أنه لابد فى التكفير من النية ، وقد نص عليه الكمال وغيره ط (قوله وإن عجز الخ) قال فى البحر : أشار إلى أنه لو كان عنده واحد من الأصناف الثلاثة لايجوز له الصوم وإن كان محتاجا إليه . ففى الخانية : لايجوز الصوم لمن يملك ماهو منصوص عليه فى الكفارة أو يملك بدله فوق الكفاف ، والكفاف منزل يسكنه وثوب يلبسه ويستر عورته وقوت يومه ، ولو له عبد يحتاجه للخدمة لايجوز له الصوم ؛ ولو له مال وعليه دين مثله ، فإن قضى دينه به كفر بالصوم ، وإن صام قبل قضائه قيل يجوز وقيل لا ؛ ولو له مال غائب أو دين مؤجل صام إلا إذا كان المال الغائب عبدا لقدرته على إعتاقه اهـ ملخصا . وفى الجوهرة : والمرأة المعسرة لزوجها منعها من الصوم لأن كل صوم وجب عليها بإيجابها له منعها منه وكذا العبد إلا إذا ظاهر من امرأته فلا يمنعه المولى لتعلق حق المرأة به لأنه لايصل إليها إلا بالكفارة (قوله وقت الأداء) أى لا وقت الحنث ، فلو حنث موسرا ثم أعسر جاز له الصوم ، وفى عكسه لا . وعند الشافعي على العكس زيلعي (قوله قلت الخ) قائله صاحب البحر . ووجهه أنه لو كان فسخا : أى كأنه لم يقع لكان المال موجودا فى يده فلايجزيه الصوم ط (قوله ولاء) بكسر الواو والمد : أى متتابعة لقراءة ابن مسعود وأبي —فصيام ثلاثة أيام متتابعات— فجاز التقييد بها لأنها مشهورة فصارت كخبره المشهور ، وتمامه فى الزيلعي (قوله بخلاف كفارة الفطر) أى كفارة الإفطار فى رمضان ، فإن مدتها لاتخلو غالبا عن الحيض (قوله التفريق) أى صوم الثلاثة متفرقة (قوله فلو صام المعسر) مثله العبد إذا أعتق وأصاب مالا قبل فراغ الصوم كما فى الفتح (قوله ثم قبل فراغه) أى من صوم اليوم الثالث بقرينة ثم فافهم ، والأفضل إكمال صومه ، فإن أفطر لاقضاء عليه عندنا كما فى الجوهرة (قوله لم يجز على الصحيح) وقياسه أنه لو صام لعجزه فظهر أن مورثه مات قبل صومه أن لايجزيه نهر (قوله ولم يجز التكفير الخ) لأن الحنث هو السبب كما مر ، فلا يجوز إلا بعد وجوده . وفى القهستاني : واعلم أنه لو أخر كفارة اليمين أثم ولم تسقط بالموت والقتل . وفى سقوط كفارة الظهار خلاف كما فى الخزانة (قوله ولا يسترده) أى لو كفر بالمال

(ومصرفها مصرف الزكاة) فمالا فلا ، قيل إلا الذمى خلافا للثانى ؛ وبقوله يفتى كما مر فى بابها (ولا كفارة بيمين كافر وإن حنث مسلما) بآية - إنهم لا أيمان لهم - وأما - وإن نكثوا أيمانهم - فيعنى الصورى كتحليف الحاكم (وهو) أى الكفر (يبطلها) إذا عرض بعدها .

(فلو حلف مسلما ثم ارتد) والعياذ بالله تعالى (ثم أسلم ثم حنث فلا كفارة) أصلا ، لما تقرر أن الأوصاف الراجعة للمحل يستوى فيها الابتداء والبقاء كالمحرمية فى النكاح ، وكذا لو نذر الكافر بما هو قربة لايلزمه شىء (ومن حلف على معصية كعدم الكلام مع أبويه أو قتل فلان) وإنما قال (اليوم) لأن وجوب الحنث لايتأتى إلا فى اليمين المؤقتة . أما المطلقة فحنثه فى آخر حياته ، فيوصى بالكفارة بموت الحالف ويكفر عن يمينه بهلاك المحلوف عليه غاية (وجب الحنث والتكفير) لأنه أهون الأمرين .

وحاصله أن المحلوف عليه إما فعل أو ترك ، وكل منهما إما معصية وهى مسألة المتن ، أو واجب كحلفه ليصلين الظهر اليوم وبره فرض ، أو هو أولى من غيره أو غيره أولى منه كحلفه على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه وحنثه أولى ، أو مستويان كحلفه لايأكل هذا الخبز مثلا وبره أولى ، وآية - واحفظوا أيمانكم - تفيد وجوبه فتح

قبل الحنث وقلنا لايجزيه ليس له أن يسترده من الفقير لأنه تمليك لله تعالى قصد به القربة مع شىء آخر ، وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويبطله فتح (قوله فمالا فلا) أى مالايجوز دفع الزكاة إليه لايجوز دفع الكفارة إليه (قوله إلا الذمى) فإنه لايجوز دفع الزكاة إليه ويجوز دفع غيرها (قوله خلافا للثانى) فعنده لااستثناء (قوله فى بابها) أى الزكاة (قوله فيعنى الصورى) أى المراد بهذه الآية اليمين صورة كتحليف القاضى لهم إذ المقصود منها رجاء النكول ، والكافر وإن لم يثبت فى حقه شرعا اليمين المستعقب لحكمه لكنه فى نفسه يعتقد تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود فشرع إلزامه بصورتها لهذه الفائدة ، وتمامه فى الفتح (قوله يبطلها) مقتضاه أنه لايأثم بالحنث بعد الإسلام (قوله لما تقرر الخ) علة لكون الكفر العارض مبطلا لليمين كالكفر الأصلى كحرمة المصاهرة العارضة ؛ كما إذا زنى بأم امرأته فإنها تمنع بقاء الصحة كالحرمة الأصلية ، لأن الكفر والمحرمية من الأوصاف الراجعة للمحل وهو الكافر والمحرم ، فيستوى فيها الابتداء والبقاء: أى الطروّ والعروض ، ولم أر هذا التعليل لغيره تأمل (قوله أما المطلقة فحنثه فى آخر حياته) هذا إذا كان المحلوف عليه إثباتا ، أما إن كان نفيا فيتأتى الحنث فى الحال بأن يكلم أبويه ، وبهذا عرفت أن اليوم قيد فى الثانى فقط ح (قوله فى آخر حياته) الأولى أن يقول في آخر الحياة ليشمل حياة الحالف وحياة المحلوف عليه (قوله ويكفر) عطف على يوصى (قوله لأنه أهون الأمرين)لأنه فيه تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية لو بر كما فى البحر (قوله وحاصله) أى حاصل ماقيل فى هذا المقام لاحاصل المتن فإنه قاصر على الحلف بمعصية فعلا وتركا ط (قوله كحلفه ليصلينّ الظهر اليوم) هذا مثال للفعل ، ومثال الترك والله لا أشرب الخمر اليوم ح (قوله أو هو أولى من غيره) مثال الفعل منه والله لأصلين الضحى اليوم ، ومثال الترك والله لا آكل البصل ، وحكم هذا القسم بقسميه أن بره أولى أو واجب ح أى على مابحثه الكمال فى القسم الخامس (قوله كحلفه على ترك الخ) هذا مثال الترك ، ومثال الفعل والله لآكلن البصل اليوم ح (قوله ونحوه) أى نحو الشهر ممالم يبلغ مدة الإيلاء وإلا كان من قسم المعصية (قوله أو مستويان) أى الفعل والترك بأن لم يترجح أحدهما قبل الحلف بوجوب ولا أولوية (قوله تفيد وجوبه) هو بحث وجيه ، ويجرى أيضا فى القسم الثالث ، ولا يبعد أن يكون الوجوب هو المراد من قولهم أولى وعبر فى المجمع بقوله ترجح البر .

فهى عشرة :

(ومن حرّم) أى على نفسه ، لأنه لو قال إن أكلت هذا الطعام فهو علىّ حرام فأكله لا كفارة خلاصة ، واستشكله المصنف (شيئا) ولو حراما أو ملك غيره كقوله الخمر أو مال فلان علىّ حرام فيمين مالم يرد الإخبار خانية (ثم فعله) بأكل أو نفقة ،

مطلب استعملوا لفظ ينبغى بمعنى يجب

ويقرّبه قول الهداية والكنز وغيرهما ومن حلف على معصية ينبغى أن يحنث فإن الحنث واجب كما علمت ، فأرادوا بلفظ ينبغى الوجوب مع أن الغالب استعماله فى غيره فكذا هذا ، كما تقول الأولى بالمسلم أن يصلى (قوله فهى عشرة) من ضرب اثنين وهى صورتا الفعل والترك فى خمسة : المعصية ، والواجب ، وما هو أولى من غيره ، وما غيره أولى منه ، وما استوى فيه الأمران ط .

مطلب فى تحريم الحلال

(قوله أى على نفسه) تبع فى هذا التعبير صاحب البحر ، حيث قال : وقيد بكونه حرّمه على نفسه لأنه لو جعل حرمته معلقة على فعله فإنه لاتلزمه الكفارة لما فى الخلاصة : لو قال إن أكلت هذا الطعام فهو علىّ حرام فأكله لاحنث عليه اه كلام البحر . وأنت خبير بأنه فى التعليق أيضا حرم على نفسه ، وغاية الأمر أنه تحريم معلق فلا تحسن المقابلة ، والأولى أن يقول قيد بتنجيز الحرمة لأنه لوعلقها الخ اه ح .

قلت : وفيه أنه لو قال كذلك لو رد عليه مثل إن كلمت زيدا فهذا الطعام علىّ حرام مع أنه علقها على فعل نفسه ، بل الأولى أن يقول قيد بتنجيز الحرمة لأنه لو علقها على فعل المحلوف عليه ، ويمكن أن يكون هذا مراد البحر فى قوله على فعله : أى فعل المحلوف عليه فافهم (قوله واستشكله المصنف) أى حيث قال قلت وهو مشكل بما تقرر أن المعلق بالشرط كالمنجز عند وقوع الشرط اه . والجواب بالفرق هنا بين المنجز والمعلق ، وهو أن فى المنجز حرم على نفسه طعاما موجودا ، أما فى المعلق فإنه ماحرمه إلا بعد الأكل ، لما علم أن الجزاء ينزل عقب الشرط ، وحينئذ لم يكن الطعام موجودا اه ح .

قلت : لكن ذكر فى الفتح مسألة الخلاصة المذكورة . ثم قال عقبها : وذكر فى المنتقى : لو قال كل طعام آكله فى منزلك فهو علىّ حرام ، ففى القياس لايحنث إذا أكله ، هكذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف : وفى الاستحسان يحنث ، والناس يريدون بهذا أن أكله حرام اه وعلى هذا يجب فى التى قبلها أن يحنث إذا أكله ، وكذا ماذكر فى الحيل إن أكلت طعاما عندك أبدا فهو علىّ حرام فأكله لم يحنث ينبغى أن يكون جواب القياس اه وتبعه فى النهر (قوله فيمين) لأن حرمته لا تمنع كونه حالفا نهر (قوله مالم يرد الإخبار) المناسب أن يقول إن أراد الإنشاء ، فيخرج ما إذا أراد الإخبار أو لم يرد شيئا ، لأن عبارة الخانية هكذا : إذا قال هذه الخمر علىّ حرام فيه قولان : والفتوى على أنه ينوى فى ذلك إن أراد به الخبر لاتلزمه الكفارة ، وإن أراد به اليمين تلزمه الكفارة وعند عدم النية لا تلزمه الكفارة اه . وفى الفتح : وإن أراد الإخبار أولم يرد شيئا لا تجب الكفارة ، لأنه أمكن تصحيحه إخبارا (قوله بأكل أو نفقة) أى أو نحوهما من لبس ثوب أوسكنى دار ، كل شىء بما يناسبه ويقصد منه : قال فى الفتح : واعلم أن الظاهر من تحريم هذه الأعيان انصراف اليمين إلى الفعل المقصود منها كما فى تحريم الشرع لها فى نحو — حرمت عليكم أمهاتكم — وحرمت الخمر والخنزير فإنه ينصرف إلى النكاح والشرب والأكل ، ولذا

ولو تصدق أو وهب لم يحنث بحكم العرف زيلعى (كفر) ليمينه ، لما تقرر أن تحريم الحلال يمين ، ومنه قولها لزوجها أنت علىّ حرام أو حرمتك على نفسى ، فلو طاوعته فى الجماع أو أكرهها كفرت مجتبى . وفيه قال : لقوم كلامكم علىّ حرام أو كلام الفقراء أوأهل بغداد أو أكل هذا الرغيف علىّ حرام حنث بالبعض ، وفى والله لا أكلمكم أولا آكله لم يحنث إلا بالكل . زاد فى الأشباه إلاإذا لم يمكن أكله فى مجلس واحد

قال فى الخلاصة : لو قال هذا الثوب علىّ حرام فلبسه حنث إلا أن ينوى غيره (قوله ولو تصدق الخ) قال فى الفتح ولو قال لدراهم فى يده هذه الدراهم علىّ حرام ، إن اشترى بها حنث ، وإن تصدق بها أو وهبها لم يحنث بحكم العرف اه أى أن العرف جار على أن المراد تحريم الاستمتاع بها لنفسه ، بأن يشترى بها ما يأكله أو يلبسه لابأن يتصدق بها . والظاهر أنه لوقضى بها دينه لايحنث تأمل . وفى البحر : ولاخصوصية للدراهم ، بل لو وهب ماجعله حراما أو تصدق به لم يحنث ، لأن المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع (قوله ليمينه) أى لأجل يمينه التى حنث بها ، فهوعلة لقوله كفر ، وقوله لما تقرر الخ علة لكون ذلك يمينا فهو علة للعلة . ولايرد عليه أن تحريم الحلال قد لايكون يمينا بأن قصد الإخبار ، لأنه إذا قصد الإخبار لم يوجد التحريم ، لأن التحريم إنشاء والإخبار حكاية فافهم ، ودليل كون التحريم يمينا مبسوط فى الفتح وغيره (قوله حنث البعض) قال فى الهداية : ثم إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه اه (قوله لم يحنث إلا بالكل) أى بكلام كل القوم المخاطبين وأكل كل الرغيف ، فلا يحنث بكلام بعضهم ولا أكل لقمة . قال فى النهر : وجزم فى الخلاصة والمحيط فى أكل الرغيف علىّ حرام بأنه يحنث بلقمة ، ولعل وجه الفرق أن تحريمه الرغيف على نفسه تحريم أجزائه أيضا ، وفى لا آكله إنما منع نفسه من أكل الرغيف كله فلايحنث بالبعض ، وبهذا يضعف مافى الخانية : قال مشايخنا الصحيح أنه لو قال أكل هذا الرغيف علىّ حرام لايحنث بأكل لقمة منه لأن هذا بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ؛ ولو قال هكذا لايحنث بأكل البعض اه .

قلت : ويشير إلى هذا الفرق مانقلناه عن الهداية . وتوضيحه أن الرغيف اسم لكله وبأكل بعضه لايسمى آكلا له لكن إذا حرّمه على نفسه فقد جعله بمنزلة محرم العين حيث نسب التحريم إلى ذات الرغيف وجعله بمنزلة الخمر والميتة وماكان محرما لايحل تناول قليله ولا كثيره ، وحيث جعلنا هذا التحريم يمينا صار حالفا على عدم تناول شىء منه لأن ذلك مدلول الأصل وهو التحريم ، بخلاف قوله والله لا آكله فإنه ليس فيه منع نفسه عن كل جزء منه بل عن جميعه ، لكن أيد فى البحر كلام الخانية بأن حرمة العين يراد منها تحريم الفعل ، فإذا قال هذا الطعام علىّ حرام فالمراد أكله وفى هذا الثوب المراد لبسه .

قلت : وفيه أن إسناد الحرمة إلى العين حقيقة عندنا كما تقرر فى كتب الأصول على معنى إخراج العين عن محلية الفعل لينتفى الفعل بالأولى ، فالمقصود نفى الفعل وتوصيفه بالحرمة بطريق الكناية والانتقال عن نفى العين ، فلابد من ظهور الفرق بين إسناد الحرمة إلى الفعل ابتداء وإسنادها إلى العين وقد ظهر فيما ذكروه هنا ، لكن هذا يظهر فى قوله هذا الرغيف علىّ حرام . أما لو قال أكل هذا الرغيف علىّ حرام لا يحنث بالبعض لإسناده الحرمة إلى الفعل فصار كقوله والله لا آكله ومثله كلامكم علىّ حرام ، لأن الحرمة لم تضف إلى العين بل الفعل وهو الكلام بمعنى التكليم ، ولم أر من فرق بين ذلك مع أن الذى فى الخانية هذا الرغيف بدون لفظة أكل على خلاف ما نقله فى النهر مع أنه لايظهر الفرق المار إلا بدون لفظة أكل ، نعم وقع التعبير بها فى غير الخانية . والحاصل أن المسألة مشكلة فلتحرر (قوله إلا إذا لم يمكن الخ) أى فيحنث بأكل بعضه وهو الأصح المختار لمشايخنا .

أو حلف لايكلم فلانا وفلانا ونوى أحدهما أو لايكلم إخوة فلان

مطلب حلف لايأكل معينا فأكل بعضه

والأصل فيما إذا حلف لايأكل معينا فأكل بعضه إن كان يأكله الرجل فى مجلس أو يشربه فى شربة فالحلف على جميعه ، ولا يحنث بأكل بعضه لأن المقصود الامتناع عن أكله ، وكل ما لايطاق أكله في المجلس ولا شربه فى شربة يحنث بأكل بعضه لأن المقصود من اليمين الامتناع عن أصله لاعن جميعه ، ولو قال لا أشرب لبن هاتين الشاتين لم يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة ، ولم يعتبر شرب الكل لأنه غير مقصود ، أو لايأكل سمن هذه الخابية فأكل بعضه حنث ؛ ولو كان مكان الأكل بيع فباع بعضها لايحنث ، لأن الأكل لا يتأتى على جميعه فى مجلس ويتأتى البيع كذا فى المحيط . زاد فى البدائع عن الأصل : لو قال لا آكل هذه الرمانة فأكلها إلا حبة أو حبتين حنث فى الاستحسان ، لأن ذلك القدر لايعتد به لأنه فى العرف يقال إنه أكلها ، وإن ترك نصفها أو ثلثها أو أكثر مما لايجرى فى العرف أنه يسقط من الرمانة لم يحنث لأنه لايسمى أكلا لجميعها اهـ . وبه يعلم أن اليسير من الرغيف وغيره كاللقمة كالعدم اهـ ملخصا من البحر فى باب اليمين بالأكل والشرب وسيأتى هذا الأصل هناك (قوله أو حلف الخ) معطوف على المستثنى وهو قوله إذا لم يمكن أكله . قال فى النهر : وفى مجموع النوازل : وكذا كلام فلان وفلان علىّ حرام يحنث بكلام أحدهما ، وكذا كلام أهل بغداد . وفى المحيط فى كلام فلان وفلان علىّ حرام أو والله لا أكلم فلانا وفلانا الصحيح أنه لايحنث فى المسألتين مالم يكلمهما إلا أن ينوى كلام واحد منهما فيحنث بكلام أحدهما لأنه شدد على نفسه اهـ .

قلت : وهذا إذا لم يذكر لابعد العاطف .

مطلب لاأذوق طعاما ولا شرابا حنث بأحدهما ، بخلاف لاأذوق طعاما وشرابا

ففى البزازية : حلف بالطلاق لايذوق طعاما ولا شرابا فذاق أحدهما طلقت ، كما لو حلف لايكلم فلانا ولافلانا ، ولو قال لا أذوق طعاما وشرابا فذاق أحدهما لايحنث اهـ . وإذا كرر لا فإنه يصير يمينين كما سنذكر فى بحث الكلام عن الواقعات (قوله ونوى أحدهما) أى نوى أن لايكلم كل واحد منهما .

[تنبيه] فى الحاوى الزاهدى عن الجامع : إن لم أكن ضربت هذين السوطين فى دار فلان فعبدى حر فضرب أحدهما فى دار غيره ، أو قال إن لم أكلم فلانا وفلانا اليوم فأنت طالق فكلم أحدهما اليوم فقط يحنث . قال : وألحق بعضهم بذلك : إن لم تحضرى فراشى ولم تراعينى فأنت طالق فلم تحضر فراشه ولكن راعته فإنه يحنث . قال : وفيه إشكال ، وبينهما فرق جلىّ لأن الحنث فى اليمين إنما يتحقق إذا صدق مادخل عليه حرف الشرط ، ففى إن دخلت الدار إنما يحنث إذا صدق دخلت ، وفى إن لم أدخل إنما يحنث إذا صدق لم أدخل ، فإذا قال إن لم أدخل هاتين الدارين اليوم أو إن لم أكن ضربت هذين السوطين فى دار فلان فحرف الشرط دخل على النفى وهو لم أكن دخلت أوضربت هاتين وهو نفى لمجموع دخول الدارين وضرب السوطين ، ونفى المجموع يتحقق بنفى أحد أجزائه ، بخلاف قوله إن لم تحضرى فراشى ولم تراعينى فإنه لما كرر حرف النفى كان نفيا لكل واحد منهما ونفى كل واحد منهما لايصدق مع ثبوت أحدهما فإنه لايصدق قولنا لم يقدم زيد ولم يقدم عمرو مع قدوم أحدهما ، ويصدق إن لم يقدم زيد وعمرو مع أحدهما ، لكن ذكر فى المحيط مايدل على صحة هذا الجواب ، فإنه قال إذا قال إن لم تكلمى فلانا ولم تكلمى

وله أخ واحد وتمامه فيها .

قلت : وبه علم جواب حادثة حلف بالطلاق على أن أولاد زوجته لايطلعون بيته فطلع واحد منهم لم يحنث

(كل حل) أو حلال الله أو حلال المسلمين (عليّ حرام)

فلانا اليوم فأنت طالق فكلمت أحدهما ومضى اليوم طلقت ، فقد صح هذا الجواب من حيث الرواية ، لكن ماقلته من الإشكال قويّ اه .

قلت : والجواب أنه إذا كرر حرف النفي يكون نفي كل واحد بانفراده مقصودا ؛ ففي : إن لم تحضري فراشي ولم تراعيني يتحقق شرط الحنث بنفي كل واحد بانفراده لأنه يصير كأنه حلف على كل واحد بعينه ، لأنه إذا كرر النفي تتكرر اليمين ، حتى لو قال لا أكلمك اليوم ولا غدا ولا بعد غد فهي أيمان ثلاثة ، وإن لم يكرر النفي فهي يمين واحدة ، حتى لو كلمه ليلا يحنث بمنزلة قوله ثلاثة أيام كما سيأتي عن الواقعات في بحث الكلام . وأما عدم الصدق في لم يقدم زيد ولم يقدم عمرو مع قدوم زيد مثلا فلأنه إخبار عن قدوم كل منهما بانفراده حيث جعله مقصودا بالنفي ، فإذا علق ذلك بالشرط يتحقق شرط الحنث وهو أنه لم يقدم زيد ، هذا ما ظهر لي فتدبره (قوله وله أخ واحد) أي وهو عالم به كما قيد بذلك قبيل باب اليمين بالطلاق والعتاق ، فحينئذ يحنث إذا كلمه لأنه ذكر الجمع وأراد الواحد ، وإن كان لا يعلم أن الأخ واحد لا يحنث لأنه لم يرد الواحد فبقيت اليمين على الجمع ، كمن حلف لا يأكل ثلاثة أرغفة من هذا الحب وليس فيه إلا رغيف واحد وهو لا يعلم لايحنث بحر عن الواقعات (قوله قلت الخ) البحث لصاحب البحر في الباب الآتي ، وقوله وبه علم : أي بما ذكره من مسألة الإخوة فإنه جمع ليس فيه الألف واللام بل هو مضاف مثل أولاد زوجته ، فحيث كان عالما بتعددهم لايحنث إلا بالجمع كما في لا أكلم رجالا أو نساء ، بخلاف مافيه الألف واللام مثل لا أكلم الفقراء أو المساكين أو الرجال فإنه يحنث بالواحد لأنه اسم جنس كما في الواقعات .

مطلب الجمع المضاف كالمنكر ، بخلاف المعرف بأل

وما مر عن الواقعات في إخوة فلان صريح في أن الجمع المضاف كالمنكر ، وسيأتي في آخر باب اليمين بالأكل والشرب والكلام تمام تحقيق المعرف والمنكر والمضاف . وتحرير جواب هذه الحادثة . قال في البحر : لكن قال في القنية إن أحسنت إلى أقربائك فأنت طالق فأحسنت إلى واحد منهم يحنث ولايراد الجمع في عرفنا اه فيحتاج إلى الفرق إلا أن يدعى أن في العرف فرقا اه .

قلت : لايخفى أن العرف الآن عدم التفرقة بين إخوة فلان وأقربائك وأولاد زوجته ونحوه من الجمع المضاف في أنه يراد به الجنس الصادق بالواحد والأكثر ، فينبغي الحنث في الحادثة المذكورة .

مطلب كل حل عليه حرام

(قوله كل حل الخ) قال في الهداية : ولو قال كل حل عليّ حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك . والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه ، وهذا قول زفر . وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لايحصل مع اعتبار العموم فينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيما يتناول عادة ، ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم ، وإذا نواها كان إيلاء ، ولا يصرف اليمين عن المأكول

زاد الكمال : أو الحرام يلزمنى ونحوه (فهو على الطعام والشراب ، و) لكن (الفتوى) فى زماننا (على أنه تبين امرأته) بطلقة ، ولو له أكثر من جميعا بلا نية ، وإن نوى ثلاثا فثلاث ، وإن قال لم أنو طلاقا لم يصدق فى قضاء لغلبة الاستعمال ولذا لا يحلف به إلا الرجال ظهيرية (وإن لم تكن له امرأة) وقت اليمين

والمشروب ، وهذا كله جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى اه .

قلت : ومقتضى قوله فإنه يستعمل فيما يتناول عادة أن العرف كان أولا فى استعماله فى الطعام أو الشرب ثم تغير ذلك إلى عرف آخر وغلب استعماله فى الطلاق . ثم إن ماذكروه هنا لا ينافى ماذكروه فى الإيلاء من التفصيل بين نية تحريم المرأة أو الظهار أو الكذب أو الطلاق لأن ذاك فى أنت على حرام وما هنا فى التحريم باللفظ العام . والفتوى على قول المتأخرين بانصرافه إلى الطلاق البائن عاما أو خاصا كما ذكرناه هناك (قوله زاد الكمال الخ) لا محل لذكر هذا هنا لأن مراد الكمال أن هذا يراد به الطلاق فقط بحسب العرف كما يأتى (قوله ولكن الفتوى فى زماننا) أى الزمان المتأخر عن زمان المتقدمين . وتوقف البزدوى فى مبسوطه فى كون عرف الناس إرادة الطلاق به ، فالاحتياط أن لا يخالف المتقدمين .

مطلب تعارفوا : الحرام يلزمنى والطلاق يلزمنى

قال فى الفتح : واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام على كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة . وتعارفوا أيضا الحرام يلزمنى ، ولا شك فى أنهم يريدون الطلاق معلقا ، فإنهم يذكرون بعده لا أفعل كذا ولأفعلن ، وهو مثل تعارفهم : الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا فإنه يراد به إن فعلت كذا فهى طالق ويجب إمضاؤه عليهم .

والحاصل أن المعتبر انصراف(١) هذه الألفاظ عربية أو فارسية إلى معنى بلا نية التعارف فيه ، فإن لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال أردت غيره لا يصدقه القاضى ، وفيما بينه وبين الله تعالى هو المصدق اه وأقره فى البحر والنهر والمقدسى والشرنبلالى وغيرهم ، وتقدم تمام الكلام على ذلك فى الطلاق (قوله ولو له أكثر من جميعا) فى هذه المسألة كلام طويل قدمناه فى باب طلاق غير المدخول بها . وفى باب الإيلاء : والذى حررناه هناك أنه لا خلاف فى أن أنت على حرام يخص المخاطبة ، وفى كل حل على حرام يعم الزوجات الأربع لصريح أداة العموم الاستغراقى ، وفى امرأتى حرام أو طالق يقع على واحدة منهن ، وإنما الخلاف فى نحو حلال الله أو حلال المسلمين ، فقيل يقع على واحدة غير معينة نظرا إلى صورة أفراده والأشبه أنه يعم الكل فافهم (قوله وإن لم تكن له امرأة الخ) قال فى الظهيرية : وإن قال لم أنو الطلاق لا يصدق قضاء لأنه صار طلاقا عرفا . ثم قال : وإن حلف به ، إن كان فعل كذا وقد كان فعل وله امرأة واحدة أو أكثر من جميعا ، وإن لم تكن له امرأة لا يلزمه شىء لأنه جعل يمينا بالطلاق ، ولو جعلناه يمينا بالله تعالى فهو غموس ، وإن حلف بهذا على أمر فى المستقبل ففعل ذلك وليس له امرأة كان عليه الكفارة لأن تحريم الحلال يمين اه .

وحاصله أنه إذا لم تكن له امرأة وحلف على ماض كذبا لا يلزمه شىء لأنه جعل طلاقا على المفتى به فيلغو لعدم الزوجة ؛ ولو جعل يمينا بالله تعالى فغموس لأنه كناية عن الحلف بالله تعالى كما مر فى هو يهودى أنه كناية ،

---

(١) (قوله أن المعتبر انصراف الخ) هكذا بخطه ، ولعله سقط من قلمه كلمة فى ، والأصل أن المعتبر فى انصراف الخ تأمل اه مصححه

سواء نكح بعده أولا (فيمين) فيكفر بأكله أو شربه لو يمينه على آت ، ولو بالله على ماض فغموس أو لغو ، ولو له امرأة وقتها فبانت بلا عدة فأكل فلا كفارة لانصرافها للطلاق ، وقد مر فى الإيلاء .

وإن لم يعقل وجهها فعلى الوجهين لايلزمه شيء سوى الاستغفار ، وقيل إن قوله ولو جعل يمينا بالله تعالى أى بناء على ظاهر الرواية من حمله على الطعام والشراب ، وفيه نظر لأنه إذا قال إن كنت فعلت كذا فكل حل علىّ حرام يصير بمعنى إن كنت فعلته فوالله لا آكل ولا أشرب ، فإذا كان قد فعل انعقدت يمينه على عدم الأكل والشرب فيكفر بأكله أو شربه فلا تكون لغوا فافهم . وعلى هذا فما فى النهاية عن النوازل من أنه إن لم تكن له امرأة تجب عليه الكفارة محمول على أنه جعل يمينا بالله تعالى مع كون الحالف على مستقبل وإلا كان غموسا فلا تلزمه الكفارة . وأما قوله فى البحر معناه إذا أكل أو شرب لانصرافه عند عدم الزوجة إلى الطعام والشراب لا كما يفهم من ظاهر العبارة اه ففيه نظر ، بل هو محمول على مايفهم من ظاهر العبارة وهو وجوب الكفارة وإن لم يأكل ولم يشرب بناء على ماقلنا وإلا ورد عليه ماذكرناه من النظر السابق ، ويؤيده أن انصرافه إلى الطعام والشراب كان فى العرف السابق ثم تغير ذلك العرف وصار مصروفا إلى الطلاق كما مر ، فبعد ماصار حقيقة عرفية فى الطلاق لايصح حمله على العرف المهجور بل يبقى مرادا به الطلاق ، غير أنه إذا لم تكن له امرأة يبقى مرادا به الطلاق فيلغو ويجعل يمينا بالله تعالى ، فتجب به الكفارة إن لم يكن غموسا ؛ فالترديد فى كلام الظهيرية مبنى على قولين بدليل مافى البزازية حيث قال : وفى المواضع التى يقع الطلاق بلفظ الحرام إن لم تكن له امرأة إن حنث لزمته الكفارة والنسفى على أنه لاتلزمه اه فما قاله النسفى مبنى على أنه يبقى مرادا به الطلاق . وظاهر كلامهم ترجيح خلافه ، فاغتنم تحقيق هذا المقام فإنه من منح الملك السلام (قوله سواء نكح بعده أولا) هو ماعليه الفتوى كما يأتى (قوله فيكفر بأكله أو شربه) مبنى على مافسر به فى البحر عبارة النوازل ، وقد علمت مافيه ، والصواب أن يقول فيكفر بحنثه أى بفعله المحلوف عليه ، كأن قال إن دخلت الدار فكل حل علىّ حرام ثم دخلها يلزمه كفارة اليمين لأنها يمين منعقدة على عدم الدخول فى المستقبل لا على عدم الأكل والشرب ؛ حتى لو أكل أو شرب قبل الدخول أو بعده لايلزمه شيء (قوله ولو بالله على ماض) لفظ بالله سبق قلم : أى ولو كانت يمينه على ماض ، كما إذا قال إن كنت فعلت كذا فكل حل علىّ حرام وكان عالما بأنه فعله فهى غموس إن جعلت يمينا بالله تعالى فلا تلزمه كفارة ، وقوله أو لغو : أى إن جعلت يمينا بالطلاق كما قاله النسفى . وظاهر مامر عن الظهيرية من قوله لأنه جعل يمينا بالطلاق اعتماد الأول ، وهو ظاهر ماقدمناه أيضا عن البزازية ، وكذا مايأتى قريبا .

وبما قررناه علم أن ماذكره الشارح من قوله فغموس أو لغو هو حاصل ماقدمناه عن الظهيرية ، فليس فى كلامه خلل سوى زيادة لفظ بالله فافهم (قوله ولو له امرأة وقتها الخ) مقابل قول المصنف وإن لم تكن له امرأة . قال فى الظهيرية : وإن حلف بهذا على أمر فى المستقبل ففعل ذلك وليس له امرأة كان عليه الكفارة لأن تحريم الحلال يمين ، وإن كان له امرأة وقت اليمين فماتت قبل الشرط أو بانت لا إلى عدة ثم باشر الشرط لا تلزمه الكفارة لأن يمينه انصرف إلى الطلاق وقت وجودها ، وإن لم تكن له امرأة وقت اليمين ثم تزوج امرأة ثم باشر الشرط اختلفوا فيه . قال الفقيه أبو جعفر : تبين المتزوجة . وقال غيره : لاتبين ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وعليه الفتوى لأن يمينه جعل يمينا بالله تعالى وقت وجودها فلا يكون طلاقا بعد ذلك اه ومثله فى الخانية . وفى عبارة البزازية : فى هذه المسألة خلل نبهنا عليه فى باب الإيلاء (قوله فأكل) صوابه فباشر الشرط كما فى عبارة الظهيرية وغيرها وذلك كدخول الدار مثلا ، ولا نظر فيه للأكل وعدمه كما علمت (قوله وقد مر فى الإيلاء) مامر هناك فيه خلل تابع فيه البزازية كما أوضحناه هناك .

(ومن نذر نذرا مطلقا أو معلقا بشرط وكان من جنسه واجب) أى فرض كما سيصرح به تبعا للبحر والدرر (وهو عبادة مقصودة) خرج الوضوء وتكفين الميت (ووجد الشرط) المعلق به (لزم الناذر) لحديث « من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى » (كصوم وصلاة وصدقة) ووقف (واعتكاف) وإعتاق رقبة وحج ولو ماشيا فإنها عبادات مقصودة ، ومن جنسها واجب لوجوب العتق فى الكفارة والمشى للحج على القادر من أهل مكة

مطلب فى أحكام النذر

(قوله ومن نذر نذرا مطلقا) أى غير معلق بشرط مثل لله علىّ صوم سنة فتح ، وأفاد أنه يلزمه ولو لم يقصده كما لو أراد أن يقول كلاما فجرى على لسانه النذر لأن هزل النذر كالجد كالطلاق كما فى صيام الفتح ، وكما لو أراد أن يقول لله علىّ صوم يوم فجرى على لسانه صوم شهر كما فى صيام البحر عن الولوالجية .

واعلم أن النذر قربة مشروعة ، أما كونه قربة فلما يلازمه من القرب كالصلاة والصوم والحج والعتق ونحوها وأما شرعيته فللأوامر الواردة بإيفائه ، وتمامه فى الاختيار .

قلت : وإنما ذكروا النذر فى الأيمان لما يأتى من أنه لو قال علىّ نذر ولا نية له لزمه كفارة ومر فى آخر كتاب الصيام أنه لو نذر صوما ، فإن لم ينو شيئا أو نوى النذر فقط أو نوى النذر وأن لايكون يمينا كان نذرا فقط وإن نوى اليمين ، وأن لايكون نذرا كان يمينا وعليه كفارة إن أفطر ، وإن نواهما أو نوى اليمين كان نذرا ويمينا ، حتى لو أفطر قضى وكفر ، ومر هناك الكلام فيه (قوله كما سيصرح به) أى المصنف قريبا ، ويأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى ط (قوله وهو عبادة مقصودة) الضمير راجع للنذر ، بمعنى المنذور لا للواجب ، خلافا لما فى البحر ، قال فى الفتح : مما هو طاعة مقصودة لنفسها ، ومن جنسها واجب الخ .

وفى البدائع : ومن شروطه أن يكون قربة مقصودة فلا يصح النذر بعيادة المريض ، وتشييع الجنازة والوضوء والاغتسال ، ودخول المسجد ، ومس المصحف ، والأذان ، وبناء الرباطات والمساجد وغير ذلك ، وإن كانت قربا إلا أنها غير مقصودة اه فهذا صريح فى أن الشرط كون المنذور نفسه عبادة مقصودة لا ما كان من جنسه ، ولذا صححوا النذر بالوقف لأن من جنسه واجبا وهو بناء مسجد للمسلمين كما يأتى مع أنك علمت أن بناء المساجد غير مقصود لذاته (قوله خرج الوضوء) لأنه عبادة ليست مقصودة لذاتها وإنما هو شرط لعبادة مقصودة وهى الصلاة ط عن المنح (قوله وتكفين الميت) لأنه ليس عبادة مقصودة ، بل هو لأجل صحة الصلاة عليه لأن ستره شرط صحتها ط (قوله ووجد الشرط) معطوف على قوله وكان من جنسه عبادة وهذا إن كان معلقا بشرط وإلا لزم فى الحال والمراد الشرط الذى يريد كونه كما يأتى تصحيحه (قوله لزم الناذر) أى لزمه الوفاء به والمراد أنه يلزمه الوفاء بأصل القربة التى التزمها لا بكل وصف التزمه ، لأنه لو عين درهما أو فقيرا أو مكانا للتصدق أو للصلاة فالتعيين ليس بلازم بحر ، وتحقيقه فى الفتح (قوله لحديث الخ) قال فى الفتح : هو حديث غريب إلا أنه مستغنى عنه ، ففى لزوم المنذور الكتاب والسنة والإجماع ، قال تعالى — وليوفوا نذورهم — وصرح المصنف أى صاحب الهداية فى كتاب الصوم بأنه واجب للآية ، وتقدم الاعتراض بأنها توجب الافتراض للقطعية والجواب بأنها مؤولة إذ خص منها النذر بالمعصية وماليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة ، ومن قال من المتأخرين بافتراضه استدل بالإجماع على وجوب الإيفاء به اه ملخصا . وفى الشرنبلالية عن البرهان أنه : أى الافتراض هو الأظهر (قوله لوجوب العتق) ترك ذكر الواجب من الصلاة والصوم والصدقة لظهوره ط (قوله والمشى للحج) المراد الحج ماشيا وإلا فالمشى ليس عبادة مقصودة اه ح . وفيه أن المشروط كونه عبادة مقصودة هو المنذور لا ما كان

والقعدة الأخيرة فى الصلاة ، وهى لبث كالاعتكاف ، ووقف مسجد للمسلمين واجب على الإمام من بيت المال وإلافعلى المسلمين (ولم يلزم) الناذر (ماليس من جنسه فرض كعيادة مريض وتشييع جنازة ودخول مسجد) ولو مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم أو الأقصى لأنه ليس من جنسها فرض مقصود وهذا هو الضابط كما فى الدرر . وفى البحر شرائطه خمس فزاد : أن لايكون معصية لذاته فصح نذر صوم يوم النحر

من جنسه كما قدمناه ، وسيأتى فى باب اليمين فى البيع أنه لو قال علىّ المشى إلى بيت الله أو الكعبة يلزمه حج أو عمرة وسنذكر أن هذا استحسان. والقياس أن لا يجب به شىء لأنه ليس بقربة تأمل (قوله والقعدة الأخيرة الخ) كذا ذكره فى اعتكاف البحر . وأورد عليه أن التشبيه إن كان فى خصوص القعدة فهو غير لازم فى الاعتكاف لجواز الوقوف فى مدته وإن كان فى مطلق الكينونة فلم خص التشبيه بالقعدة مع أن الركوع كذلك ؟

والجواب : اختيار الأول ، والغالب فى الاعتكاف القعود وذكر فى اعتكاف المعراج. قلنا بل من جنسه واجب لله تعالى وهو اللبث بعرفة وهو الوقوف ، والنذر بالشىء إنما يصح إذا كان من جنسه واجب أو مشتملا على الواجب وهذا كذلك لأن الاعتكاف يشتمل على الصوم ومن جنس الصوم واجب وإن لم يكن من جنس اللبث واجب : وتعقبه فى الفتح فى باب اليمين فى الحج والصوم بأن وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر ، والكلام الآن فى صحة وجوب المتبوع ، فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط. ثم قد يقال : تحقق الإجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر موجب إهدار اشتراط وجود واجب من جنسه اه أى فهو خارج عن الأصل (قوله ووقف مسجد) أى فى كل بلدة على الظاهر ط (قوله وإلا) أى وإن لم يفعل الإمام فعلى المسلمين (قوله ماليس من جنسه فرض) هذا هو الذى وعد بذكره. قال المصنف فى شرحه وهذا يثبت أن المراد بالواجب فى قولهم من جنسه واجب الفرض وبه صرح شيخنا فى بحره الخ ويأتى تمام الكلام عليه (قوله كعيادة مريض الخ) هذا يفيد أن مرادهم بالفرض هنا فرض العين دون مايشمل فرض الكفاية اه ح أى فإن هذه فرض كفاية كما فى مقدمة أبى الليث فافهم ، وقدمنا عن البدائع خروج هذه المذكورات بقوله : عبادة مقصودة على أنه يرد عليه دخول المسجد للطواف ، ولصلاة الجمعة إذا كان الامام فيه فإن الدخول حينئذ فرض لكنه ليس مقصودا لذاته وكذا عيادة الوالدين إذا احتاجا إليه لأن برهما فرض ، وقدمنا أن المشروط كونه عبادة مقصودة هو المنذور (قوله ولو مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم) الأولى ذكر مسجد مكة لأنه المتوهم ط (قوله وهذا هو الضابط) الإشارة إلى ماذكره من أن ماليس من جنسه فرض لايلزم . وعبارة الدرر : المنذور إذا كان له أصل فى الفروض لزم الناذر كالصوم والصلاة والصدقة والاعتكاف ، ومالا أصل له فى الفروض فلا يلزم الناذر كعيادة المريض ، وتشييع الجنازة ودخول المسجد ، وبناء القنطرة والرباط والسقاية ونحوها هذا هو الأصل الكلى (قوله فزاد) أى على الشرطين المارين فى المتن (قوله أن لايكون معصية لذاته) قال فى الفتح : وأما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب أن يكون معناه إذا كان حراما لعينه أو ليس فيه جهة قربة ، فان المذهب أن نذر صوم يوم العيد ينعقد ، ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة . ثم قال بعد ذلك قال الطحاوى : إذا أضاف النذر إلى المعاصى كلله علىّ أن أقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث اه :

قلت : وحاصله أن الشرط كونه عبادة فيعلم منه أنه لو كان معصية لم يصح فهذا ليس شرطا خارجا عما مر ، لكن صرح به مستقلا لبيان أن ماكان فيه جهة العبادة يصح النذر به لما مر من أنه يلزم الوفاء بالنذر من حيث هو قربة لابكل وصف التزمه به فصح التزام الصوم من حيث هو صوم مع إلغاء كونه فى يوم العيد ، ولذا قال فى الفتح :

لأنه لغيره وأن لايكون واجبا عليه قبل النذر فلو نذر حجة الإسلام لم يلزمه شىء غيرها وأن لايكون ماالتزمه أكثر مما يملكه أو ملكا لغيره ، فلو نذر التصدق بألف ولا يملك إلا مائة لزمه المائة فقط خلاصة انتهى .

قلت : ويزاد مافى زواهر الجواهر وأن لايكون مستحيل الكون فلو نذرصوم أمس أو اعتكافه لم يصح نذره

فى الفتح : إن قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال أبو يوسف : إذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد .

فالجواب أن أبا يوسف صححه بوضوء لأنه حين نذر ركعتين لزمتاه بوضوء لأن التزام المشروط التزام الشرط ، فقوله بعده بغير وضوء لغو لايؤثر ونظيره إذا نذر بلا قراءة ألزمناه ركعتين بقراءة أو نذر أن يصلى ركعة واحدة ألزمناه ركعتين أو ثلاثا ألزمناه بأربع اهـ وتمامه فيه (قوله لأنه لغيره) أى لأن كونه معصية لغيره وهو الاعراض عن ضيافة الحق تعالى (قوله وأن لا يكون واجبا عليه قبل النذر) فى أضحية البدائع : لو نذر أن يضحى شاة ، وذلك فى أيام النحر ، وهو موسر فعليه أن يضحى بشاتين عندنا شاة للنذر وشاة بإيجاب الشرع ابتداء إلا إذا عنى به الاخبار عن الواجب عليه ، فلا يلزمه إلا واحدة ، ولو قبل أيام النحر لزمه شاتان ، بلاخلاف لأن الصيغة لاتحتمل الإخبار عن الواجب إذ لاوجوب قبل الوقت ، وكذا لو كان معسرا ثم أيسر فى أيام النحر لزمه شاتان اهـ .

والحاصل أن نذر الأضحية صحيح لكنه ينصرف إلى شاة أخرى غير الواجبة عليه ابتداء بإيجاب الشرع إلا إذا قصد الاخبار عن الواجب عليه ، وكان فى أيامها ومثله مالو نذر الحج لأن الأضحية والحج قد يكونان غير واجبين ، بخلاف حجة الإسلام فانها نفس الواجب عليه لأنها اسم لفريضة العمر كصوم رمضان وصلاة الظهر فلا يصح النذر بها بخلاف ماقد يكون تطوعا وواجبا كالصلاة والصوم كما سنحققه فى الأضحية إن شاء الله تعالى (قوله أو ملكا لغيره) فان قيل : إن النذر به معصية فيغنى عنه مامر قلنا إنه ليس معصية لذاته ، وإنما هو لحق الغير أفاده فى البحر لكنه خارج بكونه لايملكه فيشمل الزائد على مايملكه ومالا ملك له فيه أصلا كهذا وفى البحر عن الخلاصة لو قال : لله على أن أهدى هذه الشاة وهى ملك الغير لايصح النذر بخلاف قوله : لأهدين ولو نوى اليمين كان يمينا اهـ قال فى النهر : والفرق بين التأكيد وعدمه مما لا أثر له يظهر فى صحة النذر وعدمه ، ثم على الصحة هل تلزمه قيمتها أو يتوقف الحال إلى ملكها محل تردد اهـ .

قلت : الظاهر الثانى لأن الهدى اسم لما يهدى إلى الحرم فإذا صح نذره توقف إلى ملكها ليمكن إهداؤها تأمل ويظهر لى أن قوله لأهدين يمين لانذر وقوله : ولو نوى اليمين كان يمينا راجع إلى المسألة الأولى فإن تم هذا اتضح الفرق فتأمل (قوله لزمه المائة فقط) سيذكر الشارح وجهه (قوله قلت ويزاد الخ) ذكر هذا الشرط صاحب البحر فى باب الاعتكاف وعزا الفرع المذكور إلى الولوالجية قال ط : وبه صارت الشروط سبعة مافى المتن وهذه الخمسة لكن اشتراط أن لايكون أكثر مما يملك وأن لايكون ملك الغير خاصا ببعض صور النذر (قوله مستحيل الكون) يشمل الاستحالة الشرعية لما فى الاختيار : لو نذرت صوم أيام حيضها أو قالت : لله على أن أصوم غدا فحاضت فهو باطل عند محمد وزفر لأنها أضافت الصوم إلى وقت لايتصور فيه وقال أبو يوسف : تقضى فى المسألة الثانية لأن الإيجاب صدر صحيحا فى حال لاينافى الصوم ولا إضافة إلى زمان ينافيه إذ الصوم يتصور فيه والعجز بعارض محتمل كالمريض فتقضيه ، كما إذا نذرت صوم شهر يلزمها قضاء أيام حيضها لأنه يجوز خلو الشهر

وفى القنية نذر التصدق على الأغنياء لم يصح مالم ينو أبناء السبيل ، ولو نذر التسبيحات دبر الصلاة لم يلزمه ، ولو نذر أن يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم كل يوم كذا لزمه وقيل لا (ثم إن) المعلق فيه تفصيل فإن (علقه بشرط يريده كأن قدم غائبى) أو شفى مريضى (يوفى) وجوبا (إن وجد) الشرط (و) إن علقه (بما لم يرده كإن زنيت

عن الحيض فيصح الإيجاب وتمامه فيه (قوله وفى القنية الخ) عبارتها كما فى البحر : نذر أن يتصدق بدينار على الأغنياء ينبغى أن لا يصح .

قلت : وينبغى أن يصح إذا نوى أبناء السبيل لأنهم محل الزكاة اه .

قلت :ولعل وجه عدم الصحة فى الأول عدم كونها قربة أو مستحيلة الكون (١) لعدم تحققها لأنها للغنى هبة كما أن الهبة للفقير صدقة (قوله ولو نذر التسبيحات) لعل مراده التسبيح والتحميد والتكبير ثلاثا والثلاثين فى كل وأطلق على الجميع تسبيحا تغليبا لكونه سابقا وفيه إشارة إلى أنه ليس من جنسها واجب، ولا فرض وفيه أن تكبير التشريق واجب على المفتى به وكذا تكبيرة الاحرام ، وتكبيرات العيدين فينبغى صحة النذر به بناء على أن المراد بالواجب هو المصطلح ط .

قلت : لكن ما ذكره الشارح ليس عبارة القنية وعبارتها كما فى البحر ، ولو نذر أن يقول دعاء كذا فى دبر كل صلاة عشر مرات لم يصح (قوله لم يلزمه) وكذا لو نذر قراءة القرآن وعلله القهستانى فى باب الاعتكاف بأنها للصلاة وفى الخانية ولو قال : على الطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة أو على أن أقرأ القرآن إن فعلت كذا لايلزمه شىء اه :

قلت : وهو مشكل فإن القراءة عبادة مقصودة ومن جنسها واجب ، وكذا الطواف فإنه عبادة مقصودة أيضا ثم رأيت فى لباب المناسك قال فى باب أنواع الأطوفة : الخامس طواف النذر وهو واجب ولا يختص بوقت فهذا صريح فى صحة النذر به (قوله لزمه) لأن من جنسه فرضا وهو الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم مرة واحدة فى العمر وتجب كلما ذكر وإنما هى فرض عملى قال ح : ومنه يعلم أنه لايشترط كون الفرض قطعيا ط (قوله وقيل لا) لعل وجهه اشتراطه كونه الفرض قطعيا ح (قوله ثم إن المعلق الخ) اعلم أن المذكور فى كتب ظاهر الرواية أن المعلق يجب الوفاء به مطلقا : أى سواء كان الشرط مما يراد كونه أى يطلب حصوله كإن شفى الله مريضى أو لا كإن كلمت زيدا أو دخلت الدار فكذا ، وهو المسمى عند الشافعية نذر اللجاج وروى عن أبى حنيفة التفصيل المذكور هنا وأنه رجع إليه قبل موته بسبعة أيام وفى الهداية إنه قول محمد وهو الصحيح اه . ومشى عليه أصحاب المتون كالمختار والمجمع ومختصر النقاية والملتقى وغيرها ، وهو مذهب الشافعى، وذكر فى الفتح أنه المروى فى النوادر وأنه مختار المحققين وقد انعكس الأمر على صاحب البحر ، فظن أن هذا لا أصل له فى الرواية ، وأن رواية النوادر أنه مخير فيهما مطلقا وأن فى الخلاصة قال : وبه يفتى وقد علمت أن المروى فى النوادر هو التفصيل المذكور ، وذكر فى النهر أن الذى فى الخلاصة هو التعليق بما لا يراد كونه فالاطلاق ممنوع اه .

والحاصل : أنه ليس فى المسألة سوى قولين الأول ظاهر الرواية عدم التخيير أصلا والثانى التفصيل المذكور وأما ماتوهمه فى البحر من القول الثالث وهو التخيير مطلقا وأنه المفتى به فلا أصل له كما أوضحه العلامة الشرنبلالى فى رسالته المسماة تحفة التحرير فافهم (قوله بشرط يريده الخ) انظر لو كان فاسقا يريد شرطا هو معصية فعلق عليه كما فى قول الشاعر :

---

(١) (قوله أو مستحيلة الكون) الأولى أن يقول : أو كونها مستحيلة الخ بالعطف على قوله : عدم بدليل قوله : لعدم تحققها الخ وإلا فظاهر عبارته أن الاستحالة منفية وهو لا يظهر فتدبر اه مصححه .

بفلانة) مثلا فحنث (وفى) بنذره (أو كفر) ليمينه (على المذهب) لأنه نذر بظاهره يمين بمعناه فيخير ضرورة (نذر) مكلف (بعتق رقبة فى ملكه وفى به وإلا) يف (أثم) بالترك (ولا يدخل تحت الحكم) فلا يجبره القاضى (نذر أن يذبح ولده فعليه شاة) لقصة الخليل عليه الصلاة والسلام وألغاه الثانى والشافعى كنذره بقتله (ولغا لو كان بذبح نفسه أو) عبده وأوجب محمد الشاة ، ولو (بذبح أبيه أو جده أو أمه) لغا إجماعا لأنهم ليسوا كسبه (ولو قال إن برئت من مرضى هذا ذبحت شاة أو علىّ شاة أذبحها فبرئ لايلزمه شىء)

علىّ إذا ما زرت ليلى بخفية زيارة بيت الله رجلان حافيا

فهل يقال إذا باشر الشرط يجب عليه المعلق أم لا ، ويظهر لى الوجوب لأن المنذور طاعة وقد علق وجوبها على شرط فإذا حصل الشرط لزمته ، وإن كان الشرط معصية يحرم فعلها لأن هذه الطاعة غير حاملة على مباشرة المعصية بل بالعكس ، وتعريف النذر صادق عليه ولذا صح النذر فى قوله : إن زنيت بفلانة لكنه يتخير بينه وبين كفارة اليمين لأنه إذا كان لايريده يصير فيه معنى اليمين فيتخير كما يأتى تقريره بخلاف ما إذا كان يريده لفوات معنى اليمين فينبغى الجزم بلزوم المنذور فيه وإن لم أره صريحا فافهم (قوله لأنه نذر بظاهره الخ) لأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط فيميل إلى أى الجهتين شاء بخلاف ما إذا علق بشرط يريد ثبوته لأن معنى اليمين وهو قصد المنع غير موجود فيه لأن قصده إظهار الرغبة فيما جعل شرطا درر (قوله فيخير ضرورة) جواب عن قول صدر الشريعة :

أقول : إن كان الشرط حراما كإن زنيت ينبغى أن لايتخير لأن التخيير تخفيف والحرام لايوجب التخفيف قال فى الدرر : أقول ليس الموجب للتخفيف هو الحرام بل وجود دليل التخفيف لأن اللفظ لما كان نذرا من وجه ويمينا من وجه لزم أن يعمل بمقتضى الوجهين ولم يجز إهدار أحدهما فلزم التخيير الموجب للتخفيف بالضرورة فتدبر اه (قوله فلا يجبره القاضى) لأن العبد لم يثبت له حق العتق عليه ، لأن ذلك بمنزلة مالو حلف بالله تعالى ليعتقنه ليس له إجباره على أن يبر بيمينه ، لأن ذلك مجرد حق الله تعالى (قوله نذر أن يذبح ولده الخ) المسألة منصوصة فى كافى الحاكم الشهيد وغيره ، وفى شرح المجمع وشرح درر البحار أنه يجب به ذبح كبش فى الحرم أو فى أيام النحر فى غير الحرم ،وأنه يشترط لصحة النذر به فى عامة الروايات أن يقول فى النذر عند مقام إبراهيم أو بمكة وفى رواية عنه:لايشترط ،وفى الاختيار ولو نذر ذبح ولده أو نحره لزمه ذبح شاة عند أبى حنيفة ومحمد وكذا النذر بذبح نفسه أو عبده عند محمد، وفى الوالد الوالدة عن أبى حنيفة روايتان والأصح عدم الصحة ، وقال أبو يوسف وزفر :لايصح شىء من ذلك لأنه معصية فلايصح ولهما فى الولد مذهب جماعة من الصحابة كعلىّ وابن عباس وغيرهما ، ومثله لايعرف قياسا فيكون سماعا ولأن إيجاب ذبح الولد عبارة عن إيجاب ذبح الشاة ، حتى لو نذر ذبحه بمكة يجب عليه ذبح الشاة بالحرم :

بيانه قصة الذبيح فإن الله تعالى أوجب على الخليل ذبح ولده وأمره بذبح الشاة حيث قال ـ قد صدقت الرؤيا ـ فيكون كذلك فى شريعتنا أما لقوله تعالى ـ ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا ـ أو لأن شريعة من قبلنا تلزمنا حتى يثبت النسخ ، وله نظائر منها أن إيجاب المشى إلى بيت الله تعالى عبارة عن حج أو عمرة وإيجاب الهدى عبارة عن إيجاب شاة ، ومثله كثير وإذا كان نذر ذبح الولد عبارة عن ذبح الشاة لا يكون معصية بل قربة حتى قال الأسبيجابى وغيره من المشايخ إن أراد عين الذبح وعرف أنه معصية لايصح ، ونظيره الصوم فى حق الشيخ الفانى معصية لا فضائه إلى إهلاكه ، ويصح نذره بالصوم وعليه الفدية ، وجعل ذلك التزاما للفدية كذا هذا ولمحمد فى النفس والعبد أن ولايته عليهما فوق ولايته على ولده ولأبى حنيفة أن وجوب الشاة على خلاف القياس

لأن الذبح ليس من جنسه فرض بل واجب كالأضحية (فلا يصح) (إلا إذا زاد وأتصدق بلحمها فيلزمه) لأن الصدقة من جنسها فرض وهى الزكاة فتح وبحر ففى متن الدرر تناقض منح (ولو قال لله على أن أذبح جزورا وأتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز) كذا فى مجموع النوازل ووجهه لايخفى .

وفى القنية إن ذهبت هذه العلة فعلى كذا فذهبت ثم عادت لايلزمه شىء .

(نذر لفقراء مكة جاز الصرف لفقراء غيرها) لما تقرر فى كتاب الصوم أن النذر غير المعلق لايختص بشىء

عرفناه استدلالا بقصة الخليل ، وإنما وردت فى الولد فيقتصر عليه ، ولو نذر بلفظ القتل لا يلزمه شىء بالإجماع لأن النص ورد بلفظ الذبح والنحر مثله ولا كذلك القتل ولأن الذبح والنحر وردا فى القرآن على وجه القربة والتعبد والقتل لم يرد إلا على وجه العقوبة والانتقام والنهى ، ولأنه لو نذر ذبح الشاة بلفظ القتل لم يصح فهذا أولى اه (قوله لغا إجماعا) أى بناء على أصح الروايتين كما مر (قوله لأن الذبح ليس من جنسه فرض الخ) هذا التعليل لصاحب البحر ، وينافيه مافى الخانية قال : إن برئت من مرضى هذا ذبحت شاة فبرئ لايلزمه شىء إلا أن يقول فلله على أن أذبح شاة اه : وهى عبارة متن الدرر وعللها فى شرحه بقوله لأن اللزوم لايكون إلا بالنذر والدال عليه الثانى لا الأول اه .

فأفاد أن عدم الصحة لكون الصيغة المذكورة لاتدل على النذر أى لأن قوله ذبحت شاة وعد لانذر ، ويؤيده مافى البزازية لو قال إن سلم ولدى أصوم ماعشت فهذا وعد لكن فى البزازية أيضا إن عوفيت صمت كذا لم يجب مالم يقل لله على وفى الاستحسان يجب ولو قال : إن فعلت كذا فأنا أحج ففعل يجب عليه الحج اه :

فعلم أن تعليل الدرر مبنى على القياس والاستحسان خلافه وينافيه أيضا قول المصنف على شاة أذبحها أوعبارة الفتح فعلى بالفاء فى جواب الشرط إذ لا شك أن هذا ليس وعدا ولا يقال إنما لم يلزمه شىء لعدم قوله لله على لأن المصرح به صحة النذر بقوله لله على حجة أو على حجة فيتعين حمل ما ذكره المصنف على القول بأنه لابد أن يكون من جنسه فرض وحمل مافى الخانية والدرر من صحة قوله لله على أن أذبح شاة على القول بأنه يكفى أن يكون من جنسه واجب ، وسيأتى فى آخر الأضحية عن الخانية لو نذر عشر أضحيات لزمه ثنتان لمجىء الأمر بهما ، وفى شرح الوهبانية الأصح وجوب الكل لايجابه مالله من جنسه إيجاب ، ونقل الشارح هناك عن المصنف أن مفاده لزوم النذر بما من جنسه واجب اعتقادى أو اصطلاحى اه ويؤيده أيضا ماقدمناه عن البدائع وبه يعلم أن الأصح أن المراد بالواجب مايشمل الفرض والواجب الاصطلاحى لاخصوص الفرض فقط (قوله فتح وبحر) يوهم أنه فى الفتح ذكر هذا التعليل مع أن المذكور فيه عبارة المتن فقط وكذلك فى البحر معزيا إلى مجموع النوازل (قوله ففى متن الدرر تناقض) أى حيث صرح أولا بأنه يشترط فى النذر أن يكون له أصل فى الفروض ونص ثانيا على صحة النذر بقوله لله على أن أذبح شاة مع أن النذر ليس له أصل فى الفروض ، بل فى الواجبات وأجاب ط : بأن مراده بالفرض ما يعم الواجب بأن يراد به اللازم فلا تناقض (قوله كذا فى مجموع النوازل) الإشارة إلى مافى المتن من قوله ولوقال إن برئت إلى قوله جاز (قوله ووجهه لايخفى) هوأن السبع تقوم مقامه فى الضحايا والهدايا ط :

مطلب النذر غير المعلق لايختص بزمان ومكان ودرهم وفقير

(قوله لما تقرر فى كتاب الصوم) أى فى آخر قبيل باب الاعتكاف وعبارته هناك مع المتن والنذر من اعتكاف أو حج أو صلاة أو صيام أو غيرها غير المعلق ولو معينا لايختص بزمان ومكان ودرهم وفقير فلو نذر

(نذر أن يتصدق بعشرة دراهم من الخبز فتصدق بغيره جاز إن ساوى العشرة) كتصدقه بثمنه .
(نذر صوم شهر معين لزمه متتابعا لكن إن أفطر) فيه (يوما قضاه) وحده وإن قال متتابعا (بلا لزوم استقبال) لأنه معين ولو نذر صوم الأبد فأكل لعذر فدى .
(نذر أن يتصدق بألف من ماله وهو يملك دونها لزمه) مايملك منها (فقط) هو المختار لأنه فيما لم يملك

التصدق يوم الجمعة بمكة بهذا الدرهم على فلان فخالف جاز وكذا لو عجل قبله فلوعين شهرا للاعتكاف أو للصوم فعجل قبله عنه صح، وكذا لو نذر أن يحج سنة كذا فحج سنة قبلها صح أو صلاة في يوم كذا فصلاها قبله ، لأنه تعجيل بعد وجود السبب ، وهو النذر فيلغو التعيين بخلاف النذر المعلق ، فانه لايجوز تعجيله قبل وجود الشرط اه .

قلت : وقدمنا هناك الفرق وهو أن المعلق على شرط لاينعقد سببا للحال كما تقرر في الأصول بل عند وجود شرطه ، فلو جاز تعجيله لزم وقوعه قبل سببه فلا يصح ، ويظهر من هذا أن المعلق يتعين فيه الزمان بالنظر إلى التعجيل ، أما تأخيره فالظاهر أنه جائز إذ لامحذور فيه ، وكذا يظهر منه أنه لايتعين فيه المكان والدرهم والفقير لأن التعليق إنما أثر في انعقاد السببية فقط ، فلذا امتنع فيه التعجيل ، وتعين فيه الوقت أما المكان والدرهم والفقير فهي باقية على الأصل من عدم التعيين ، ولذا اقتصر الشارح في بيان المخالفة على التعجيل فقط حيث قال : فانه لايجوز تعجيله فتدبر .

قلت : وكما لايتعين الفقير لايتعين عدده ففي الخانية إن زوجت بنتي فألف درهم من مالي صدقة لكل مسكين درهم فزوج ودفع الألف إلى مسكين جملة جاز .

[تنبيه] إنما لم يختص في النذر بزمان ونحوه خلافا لزفر لأن لزوم ما التزمه باعتبار ماهو قربة لاباعتبارات أخر لادخل لها في صيرورته قربة كما مرقال في الفتح : وكذا إذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فأداها في أقل شرفا منه أو فيما لاشرف له أجزأه خلافا لزفر لأن المعروف من الشرع أن التزامه بما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بالمكان ، بل إنما عرف ذلك لله تعالى وتمامه فيه .

قلت : وإنما تعين المكان في نذر الهدى والزمان في نذر الأضحية لأن كلا منهما اسم خاص معين ، فالهدى مايهدى للحرم والأضحية مايذبح في أيامها حتى لو لم يكن كذلك لم يوجد الاسم وسنذكر تمام تحقيقه في باب اليمين في البيع إن شاء الله تعالى (قوله جاز) أشار إلى أن تعيين مايشترى به مثل تعيين الزمان والمكان (قوله قضاه وحده) أى قضى ذلك اليوم فقط لئلا يقع كل الصوم في غير الوقت كما مر في الصيام (قوله وإن قال متتابعا) لأن شرط التتابع في شهر بعينه لغو لأنه متتابع لتتابع الأيام وأيضا لايمكن الاستقبال لأنه معين درر ، وأما إذا كان لشهر غير معين فان شاء تابعه ، وإن شاء فرقه إلا إذا شرط التتابع فيلزمه ويستقبل فتح أى يستقبل شهرا غيره لو أفطر يوما ولو من الأيام المنهية كما مر في الصوم وتقدم هناك تمام الكلام على ما يجب فيه التتابع ومالا يجب وما يجوز تقديمه أو تأخيره ومالا يجوز فراجعه (قوله فأكل لعذر) وكذا لدونه ح (قوله فدى) أى لكل يوم نصف صاع من بر أو صاعا من شعير وإن لم يقدر استغفر الله تعالى كما مر (قوله لزمه مايملك منها فقط) وإن كان عنده عروض أو خادم يساوى مائة فإنه يبيع ويتصدق ، وإن كان يساوى عشرة يتصدق بعشرة وإن لم يكن شيء فلا شيء عليه كمن أوجب على نفسه ألف حجة يلزمه بقدر ما عاش في كل سنة حجة شرنبلالية عن الخانية وانظر هل يدخل في ذلك الدين كما يدخل في الوصية بثلث ماله ، ظاهر التعليل : عدم الدخول لأن الدين لايملكه

لم يوجد النذر فى الملك ولا مضافا إلى سببه فلم يصح كما لو (قال مالى فى المساكين صدقة ولا مال له لم يصح) اتفاقا (نذر التصدق بهذه المائة يوم كذا على زيد فتصدق بمائة أخرى قبله) أى قبل ذلك اليوم(على فقير آخر جاز) لما تقرر فيما مر (قال علىّ نذر ولم يزد عليه ولا نية له فعليه كفارة يمين) ولو نوى صياما بلا عدد لزمه ثلاثة أيام ولو صدقة فإطعام عشرة مساكين كالفطرة ولو نذر ثلاثين حجة لزمه بقدر عمره (وصل بحلفه إن شاء الله بطل) يمينه (وكذا يبطل به) أى بالاستثناء المتصل (كل ماتعلق بالقول عبادة أو معاملة) لو بصيغة الإخبار ولو بالأمر أو النهى كأعتقوا عبدى بعد موتى إن شاء الله ، لم يصح وبع عبدى هذا إن شاء الله لم يصح الاستثناء (بخلاف المتعلق بالقلب) كالنية كما مر فى الصوم .

قبل قبضه وإذا قبضه صار ملكا حادثا بعد النذر ، وفى الوصية بثلث المال يعتبر ماله عند الموت تأمل لكن سيأتى فى أول الشركة أن الحق كونه مملوكا (قوله لم يوجد الخ) أى وشرط صحة النذر أن يكون المنذور ملكا للناذر أو مضافا إلى السبب كقوله له إن اشتريتك فلله على أن أعتقك ط (قوله فى المساكين صدقة) أى ينفق عليهم ففى بمعنى على (قوله ولم يصح اتفاقا) أما لو كان له مال يصح ويكون المراد به جنس مال الزكاة استحسانا أى جنس كان بلغ نصابا أولا عليه دين مستغرق أولا وإن لم يجد غيره أمسك منه قدر قوته فإذا ملك غيره تصدق بقدره : أى بقدر ماأمسك كما سيأتى فى متفرقات القضاء إن شاء الله تعالى وذكر الشارح هناك عن البحر قال : إن فعلت كذا فما أملكه صدقة ، فحيلته أن يبيع ملكه من رجل بثوب فى منديل ، ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شيء اه قال المقدسى هناك ، ومنه يعلم أن المعتبر الملك حين الحنث لاحين الحلف اه (قوله فيما مر) أى من قوله إن النذر غير المعلق لايختص بشيء (قوله ولم يزد عليه) فلو قال نذر حج مثلا لزمه (قوله ولو نوى صياما الخ) محترز قوله : ولانية له وأشار إلى أنه لو نوى شيئا من حج أو عمرة أوغيره فعليه مانوى كما فى كافى الحاكم (قوله لزمه ثلاثة أيام) لأن إيجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ، وأدنى ذلك فى الصيام ثلاثة أيام فى كفارة اليمين بحر عن الولوالجية (قوله ولو صدقة) أى بلا عدد (قوله كالفطرة) أى لكل مسكين نصف صاع بروكذا لو قال : لله على إطعام مسكين لزمه نصف صاع بر استحسانا وإن قال : لله على أن أطعم المساكين على عشرة عند أبى حنيفة فتح (قوله لزمه بقدر عمره) أى لزمه أن يحج بقدر مايعيش ومشى فى لباب المناسك على أنه يلزمه الكل ،وعليه أن يحج بنفسه قدر ماعاش ويجب الإيصاء بالبقية وعزاه القارى فى شرحه إلى العيون والخانية والسراجية قال وفى النوازل أنه قولهما والأول قول محمد وفى الفتح الحق لزوم الكل اه ملخصا (قوله وصل بحلفه) قيد بالوصل لأنه لو فصل لايفيد ، إلا إذا كان لتنفس أو سعال أو نحوه ، وعن ابن عباس أنه كان يجوز الاستثناء المنفصل لاستة أشهر ، ويلزمه إخراج العقود كلها عن أن تكون ملزمة وأن لايحتاج للمجالل الثانى لأن المطلق يستثنى ، وفى المسألة حكاية الإمام مع المنصور ذكرها فى الدرر وغيره (قوله إن شاء الله) مفعول وصل (قوله عبادة) كنذر وإعتاق أو معاملة كطلاق وإقرار ط (قوله أو النهى) كقوله لوكيله : لاتبع لفلان إن شاء الله ط (قوله لم يصح الاستثناء) جواب قوله : ولو بالأمر فافهم : أى فللمأمور أن يبيعه والفرق أن الإيجاب يقع ملزما بحيث لايقدر على إبطاله بعد ، فيحتاج إلى الاستثناء حتى لايلزمه حكم الإيجاب ، والأمر لايقع لازما فإنه يقدر على إبطاله بعزل المأمور به ، فلا يحتاج إلى الاستثناء فيه ذخيرة وقدمناه قبيل باب الاستيلاد (قوله كما مر فى الصوم) من أنه إذا وصل المشيئة بالتلفظ بالنية لاتبطل ، لأنها لطلب التوفيق حموى ، وظاهره أنها ليست فيه للاستثناء ، حتى يقال إن النية ليست من الأقوال فلا تبطل بالاستثناء ط عن أبى السعود والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب اليمين فى الدخول والخروج والسكنى والإتيان والركوب وغير ذلك

الأصل أن الأيمان مبنية عند الشافعى على الحقيقة اللغوية ، وعند مالك على الاستعمال القرآنى ، وعند أحمد على النية ، وعندنا على العرف مالم ينو مايحتمله اللفظ فلا حنث فى لايهدم إلا بالنية فتح .

(الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض فلو) اغتاظ على غيره و (حلف أن لايشترى له شيئا بفلس فاشترى له بدرهم) أو أكثر (شيئا لم يحنث كمن حلف لايخرج من الباب

باب اليمين فى الدخول والخروج والسكنى والإتيان والركوب وغير ذلك

(قوله وغير ذلك) كالجلوس والتزوج والتطهير .

مطلب الأيمان مبنية على العرف بيتا ببيت العنكبوت

(قوله وعندنا على العرف) لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفى أعنى الألفاظ التى يراد بها معانيها التى وضعت لها فى العرف كما أن العربى حال كونه بين أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ماعهد أنه المراد بها فتح (قوله فلا حنث الخ) صرح صاحب الذخيرة والمرغينانى بأنه يحنث بهدم بيت العنكبوت فى الفرع المذكور ، فمن المشايخ من حكم بأنه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما إذا لم يمكن العمل بحقيقته قال فى الفتح : ولا يخفى أنه على هذا يصير ماله وضع لغوى ، ووضع عرفى يعتبر معناه اللغوى وإن تكلم به أهل العرف ، وهذا يهدم قاعدة حمل الأيمان على العرف لأنه لم يصر المعتبر إلا اللغة إلا ماتعذر ، وهذا بعيد إذ لاشك أن المتكلم لايتكلم إلا بالعرف الذى به التخاطب سواء كان عرف اللغة إن كان من أهلها أو غيرها إن كان من غيرها (١) نعم ماوقع مشتركا بين اللغة والعرف تعتبر فيه اللغة على أنها العرف فأما الفرع المذكور ، فالوجه فيه إن كان نواه فى عموم قوله بيتا حنث وإن لم يخطر له فلا لانصراف الكلام إلى المتعارف عند إطلاق لفظ بيت فظهر أن مرادنا بانصراف الكلام إلى العرف إذا لم تكن له نية ، وإن كان له نية شىء واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره اه وتبعه فى البحر وغيره .

مبحث مهم فى تحقيق قولهم : الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض

(قوله الأيمان مبنية على الألفاظ الخ) أى الألفاظ العرفية بقرينة ماقبله واحترز به عن القول ببنائها على عرف اللغة أو عرف القرآن ففى حلفه لايركب دابة ولايجلس على وتد ، لايحنث بركوبه إنسانا وجلوسه على جبل وإن كان الأول فى عرف اللغة دابة ، والثانى فى القرآن وتدا كما سيأتى وقوله : لا على الأغراض أى المقاصد والنيات ، احترز به عن القول ببنائها على النية .

فصار الحاصل أن المعتبر إنما هو اللفظ العرفى المسمى ، وأما غرض الحالف فإن كان مدلول اللفظ المسمى اعتبر وإن كان زائدا على اللفظ فلا يعتبر ، ولهذا قال فى تلخيص الجامع الكبير وبالعرف يخص ولايزاد حتى خص الرأس بما يكبس ولم يرد الملك فى تعليق طلاق الأجنبية بالدخول اه ومعناه أن اللفظ إذا كان عاما يجوز

---

(١) قوله (إن كان من غيرها) هكذا بخطه ولعل الأنسب : من غيرهم أى أهل اللغة اه مصححه .

. . . .

تخصيصه بالعرف ، كما لو حلف لايأكل رأسا فإنه فى العرف اسم لما يكبس فى التنور ويباع فى الأسواق ، وهو رأس الغنم دون رأس العصفور ونحوه ، فالغرض العرفى يخصص عمومه ، فإذا أطلق ينصرف إلى المتعارف ، بخلاف الزيادة الخارجة عن اللفظ كما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ، فإنه يلغو ولاتصح إرادة الملك أى إن دخلت وأنت فى نكاحى وإن كان هو المتعارف لأن ذلك غير مذكور ، ودلالة العرف لاتأثير لها فى جعل غير الملفوظ ملفوظا .

إذا علمت ذلك فاعلم أنه إذا حلف لايشترى لانسان شيئا بفلس فاللفظ المسمى وهو الفلس معناه فى اللغة والعرف واحد ، وهو القطعة من النحاس المضروبة المعلومة فهو اسم خاص معلوم لايصدق على الدرهم أو الدينار فإذا اشترى له شيئا بدرهم لايحنث وإن كان الغرض عرفا أن لايشترى أيضا بدرهم ولاغيره ولكن ذلك زائد على اللفظ المسمى غير داخل فى مدلوله فلا تصح إرادته بلفظ الفلس ، وكذا لوحلف لايخرج من الباب ، فخرج من السطح لايحنث ، وإن كان الغرض عرفا القرار فى الدار وعدم الخروج من السطح أو الطاق أو غيرهما ، ولكن ذلك غير المسمى ولا يحنث بالغرض بلا مسمى ، وكذا لايضربه سوطا فضربه بعصا لأن العصا غير مذكورة ، وإن كان الغرض لايؤلمه بأن لايضربه بعصا ولاغيرها ، وكذا ليغدينه بألف فاشترى رغيفا بألف وغداه به لم يحنث وإن كان الغرض أن يغديه بماله قيمة وافية وعلى ذلك مسائل أخرى ، ذكرها أيضا فى تلخيص الجامع : لوحلف لايشتريه بعشرة حنث بأحد عشر ولو حلف البائع لم يحنث به ، لأن مراد المشترى المطلقة ، ومراد البائع المفردة وهو العرف ولو اشترى أو باع بتسعة لم يحنث ، لأن المشترى مستنقص والبائع وإن كان مستزيدا لكن لايحنث بالغرض بلا مسمى كما فى المسائل المارة اه ، فهذه أربع مسائل أيضا :

الأولى : حلف لايشتريه بعشرة فاشتراه بأحد عشر حنث لأنه اشتراه بعشرة وزيادة والزيادة على شرط الحنث لاتمنع الحنث كما لو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها ودخل دارا أخرى .

الثانية : لو حلف البائع لايبيعه بعشرة فباعه بأحد عشر لم يحنث ، لأن العشرة تطلق على المفردة ، وعلى المقرونة أى التى قرن بها غيرها من الأعداد ولما كان المشترى مستنقصا : أى طالبا لنقص الثمن عن العشرة علم أن مراده مطلق العشرة أى مفردة أو مقرونة ولما كان البائع مستزيدا أى طالبا لزيادة الثمن عن العشرة علم أن مراده بقوله لا أبيعه بعشرة العشرة المفردة فقط تخصيصا بالعرف فلذا حنث المشترى بالأحد عشر دون البائع .

الثالثة : لو اشترى بتسعة لم يحنث لأنه لم توجد العشرة بنوعيها مع أنه وجد الغرض أيضا لأنه مستنقص .

الرابعة : لو باع بتسعة لم يحنث أيضا لأنه وإن كان غرضه الزيادة على العشرة ، وأنه لايبيعه بتسعة ولا بأقل لكن ذلك غير مسمى لأنه إنما سمى العشرة ، وهى لاتطلق على التسعة ولا يحنث بالغرض بلامسمى ، لأن الغرض يصلح مخصصا لامزيدا كما مر إذا علمت ذلك ظهر لك أن قاعدة بناء الأيمان على العرف معناه أن المعتبر هو المعنى المقصود فى العرف من اللفظ المسمى ، وإن كان فى اللغة أوفى الشرع أعم من المعنى المتعارف ، ولما كانت هذه القاعدة موهمة اعتبار الغرض العرفى وإن كان زائدا على اللفظ المسمى وخارجا عن مدلوله كما فى المسئلة الأخيرة وكما فى المسائل الأربعة التى ذكرها المصنف دفعوا ذلك الوهم بذكر القاعدة الثانية وهى بناء الأيمان على الألفاظ لاعلى الأغراض ، فقولهم لاعلى الأغراض دفعوا به توهم اعتبار الغرض الزائد على اللفظ المسمى ، وأرادوا بالألفاظ الألفاظ العرفية بقرينة القاعدة الأولى ، ولولاها لتوهم اعتبار الألفاظ ولو لغوية أو شرعية فلا تنافى بين

أو لايضربه أسواطا أو ليغدينه اليوم بألف فخرج من السطح وضرب بعضها وغدى برغيف) :

اشتراه بألف أشباه (لم يحنث) لأن العبرة لعموم اللفظ إلا فى مسائل حلف لايشتريه بعشر حنث بأحد عشر بخلاف البيع أشباه (لايحنث بدخول الكعبة والمسجد والبيعة) للنصارى (والكنيسة) لليهود (والدهليز والظلة) التى على الباب إذا لم يصلحا للبيتوتة بحر (فى حلفه لايدخل بيتا) لأنها لم تعد للبيتوتة (و) لذا (يحنث فى الصفة)

القاعدتين كما يتوهمه كثير من الناس حتى الشرنبلالى ، فحمل الأولى على الديانة والثانية على القضاء ولاتناقض بين الفروع التى ذكروها .

ثم اعلم أن هذا كله حيث لم يجعل اللفظ فى العرف مجازا عن معنى آخر كما فى :لاأضع قدمى فى دار فلان فإنه صار مجازا عن الدخول مطلقا كما سيأتى فى هذا لايعتبر اللفظ أصلا حتى لو وضع قدمه ولم يدخل لايحنث لأن اللفظ هجر وصار المراد به معنى آخر ومثله لا آكل من هذه الشجرة وهى لاتثمر ينصرف إلى ثمنها حتى لايحنث بعينها وهذا بخلاف مامر ، فإن اللفظ فيه لم يهجر بل أريد هو وغيره فيعتبر اللفظ المسمى دون غيره الزائد عليه أما هذا فقد اعتبر فيه الغرض فقط لأن اللفظ صار مجازا عنه فلا يخالف ذلك القاعدتين المذكورتين فاغتنم هذا التقرير الساطع المنير الذى لخصناه من رسالتنا المسماة رفع الانتقاض ودفع الاعتراض على قولهم : الأيمان مبنية على الألفاظ لاعلى الأغراض فإن أردت الزيادة على ذلك والوقوف على حقيقة ما هنالك فارجع إليها واحرص عليها فانها كشفت اللثام عن حور مقصورات فى الخيام والحمد لله رب العالمين (قوله أو لايضربه أسواطا) فى بعض النسخ سوطا وهو الموافق لما فى تلخيص الجامع (قوله وضرب بعضها) أى بعض الأسواط وفيه أنه لم يذكر للأسواط عدد وفى بعض النسخ وضرب بعصا بعين وصاد مهملتين وهو الموافق لما فى تلخيص الجامع (قوله لأن العبرة لعموم اللفظ) فيه أنه لاعموم فى هذه الفروع على أن العرف يصلح مخصصا لعموم اللفظ كما قدمناه فصارت العبرة للعرف لالعموم اللفظ فالصواب إسقاط لفظة عموم فيوافق مامر من اعتبار الألفاظ لا الأغراض على ماقررناه آنفا (قوله إلا فى مسائل) لاحاجة إلى هذا الاستثناء لأن هذه المسائل داخلة فى قاعدة اعتبار اللفظ كما علمت (قوله والبيعة) بكسر الباء وسكون الياء وقوله للنصارى أى متعبدهم والكنيسة لليهود أى متعبدهم وتطلق أيضا على متعبد النصارى مصباح . وفى القهستانى عن القاموس البيعة متعبد النصارى أو متعبد اليهود أو الكفار اه فيستعمل كل منهما مكان الآخر (قوله والدهليز) بكسر الدال مابين الباب والدار فارسى معرب بحر عن الصحاح (قوله والظلة التى على الباب) قال فى البحر :والظلة الساباط الذى يكون على باب الدار من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الأخر على الجدار المقابل له وإنما قيدنا به لأن الظلة إذا كان معناها ماهو داخل البيت مسقفا فإنه يحنث بدخوله لأنه يبات فيه اه (قوله إذا لم يصلحا للبيتوتة) أما إذا صلحا لها يحنث بأن كانت الظلة داخل البيت كما مر وكان الدهليز كبيرا بحيث يبات فيه قال فى الفتح : فإن مثله يعتاد بيتوتته للضيوف فى بعض القرى ، وفى المدن يبيت فيه بعض الأتباع فى بعض الأوقات فيحنث .

والحاصل أن كل موضع إذا أغلق الباب صار داخلا لايمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للمبيت من سقف يحنث بدخوله اه (قوله فى حلفه) متعلق بقوله لايحنث ط (قوله لأنها) أى هذه المذكورات وهو علة لقوله : لايحنث والصالح للبيتوتة من دهليز وظلة يعد عرفا للبيتوتة ط (قوله ولذا) أى لكون المعتبر الصلوح للبيتوتة وعدمه ط (قوله فى الصفة) أى سواء كان لها أربع حوائط كما هى صفاف الكوفة أو ثلاثة على ماصححه فى الهداية بعد أن يكون مسقفا ، كما هى صفاف دورنا لأنه يبات فيها غاية الأمر أن مفتحه واسع كذا فى الفتح

والإيوان (على المذهب) لأنه يبات فيه صيفا وإن لم يكن مسقفا فتح (وفى لايدخل دارا) لم يحنث (بدخولها خربة) لابناء بها أصلا (وفى هذه الدار يحنث وإن) صارت صحراء أو (بنيت دارا أخرى بعد الانهدام) لأن الدار اسم للعرصة والبناء وصف والصفة إنما تعتبر فى المنكر لا المعين إلا إذا كانت شرطا أو داعية لليمين كحلفه على هذا الرطب فيتقيد بالوصف (وإن جعلت) بعد الانهدام بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا أو غلب عليها الماء فصارت (نهرا لا) يحنث وإن بنيت بعد ذلك (كهذا البيت) وكذا بيتا بالأولى (فهدم أو بنى) بيتا (آخر ولو بنقض)

(قوله والإيوان) عطف تفسير ط (قوله لأنه) أى الصفة بتأويل البيت أو المكان (قوله وإن لم يكن مسقفا) قد علمت أنه فى الفتح قال بعد أن يكون مسقفا نعم ذكر فى الفتح أن السقف ليس شرطا فى مسمى البيت والدهليز قال فى الشرنبلالية فكذا الصفة اه.

قلت : وعرفنا فى الشام إطلاق البيت على ماله أربع حوائط من جملة أماكن الدار السفلية أما الأماكن العلوية فتسمى طبقة وقصرا وعلية ومشرفة وأهل مدينة دمشق عرفهم إطلاق البيت على الدار بجملتها فيحكم على كل قوم بعرفهم (قوله لابناء بها أصلا) قيد به تبعا للفتح حيث قال : وهذا هو المراد فانه قال فى مقابله فيما إذا حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ماصارت صحراء حنث وإنما تقع المقابلة بين المعين والمنكر فى الحكم إذا توارد حكمها على محل فأما إذا دخل بعد مازال بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى أن يحنث فى المنكر إلا أن تكون له نية اه (قوله لأن الدار اسم للعرصة) أى أنها فى اللغة اسم للعرصة التى ينزل بها أهلها وإن لم يكن بها بناء أصلا لأنهم كانوا يضعون فيها الأخبية لاأبنية الحجر والمدر فصح أن البناء وصف فيها غير لازم بل اللازم فيها كونها قد نزلت غير أنها فى عرف أهل المدن لاتقال إلا بعد البناء فيها ، ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون الوصف جزء مفهومها ، فان زالت بالكلية وعادت ساحة فالظاهر أن إطلاق اسم الدار عليها عرفا كهذه دار فلان مجاز باعتبار ماكان والحقيقة أن يقال كانت دار فتح (قوله والبناء وصف الخ) بيان لوجه الفرق بين الدار المنكرة والمعرفة أما البيت فلا فرق فيه كما يأتى (قوله إنما تعتبر فى المنكر) لأنها هى المعرفة له لافى المعين ، لأن ذاته تتعرف بالإشارة فوق ماتتعرف بالصفة فتح (قوله إلا إذا كانت شرطا) فى الذخيرة قالوا الصفة إذا لم تكن داعية إلى اليمين إنما لاتعتبر فى المعين إذا ذكرت على وجه التعريف ، أما إذا ذكرت على وجه الشرط تعتبر وهو الصحيح ، ألا ترى أن من قال لامرأته : إن دخلت هذه الدار راكبة فهى طالق فدخلتها ماشية لاتطلق واعتبرت الصفة فى المعين لما ذكرت على سبيل الشرط اه.

قلت : وقوله هذه إشارة للمرأة فاعل دخلت والدار مفعول ليصير قوله راكبة صفة للمعين بالإشارة وهو المرأة (قوله أو داعية لليمين) أى حاملة عليه فإن الامتناع عن أكل الرطب قد يكون لضرره ، فلا يحنث بعد صيرورته تمرا وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله وإن جعلت) أى الدار المعرفة بالإشارة (قوله أو بيتا) فى النهر عن المحيط : لو كانت دارا صغيرة فجعلها بيتا واحدا وأشرع بابه إلى الطريق أو إلى دار أخرى لايحنث بدخولها لتبدل الاسم والصفة بحدوث أمر جديد اه (قوله لايحنث) لأنها لاتسمى دارا لحدوث اسم آخر لها ذخيرة (قوله وإن بنيت بعد ذلك) لأنه عاد اسم الدار بسبب جديد فنزل منزلة اسم آخر وكذا لولم تبن لأنه لم يزل اسم المسجد ونحوه عنها يقال مسجد خراب وحمام خراب ذخيرة (قوله وكذا بيتا بالأولى) لأنه إذا اعتبر وصف البناء فى معرفه ففى منكره أولى.

قال فى البحر : فصار الحاصل : أن البيت لافرق فيه بين أن يكون منكرا أو معرفا فإذا دخله وهو صحراء

الأول لزوال اسم البيت (ولو هدم السقف دون الحيطان فدخله حنث فى المعين) لأنه كالصفة (لافى المنكر)لأن الصفة تعتبر فيه كما مر وعزاه فى البحر إلى البدائع ، لكن نظر فيه فى النهر بأنه لافرق حيث صلح للبيتوتة قيد بهذه الدار لأنه لو أشار ولم يسم بأن قال : هذه حنث بدخولها على أى صفة كانت كهذا المسجد فخرب لبقائه مسجدا إلى يوم القيامة به يفتى ، ولو زيد فيه حصة فدخلها لم يحنث مالم يقل مسجد بنى فلان فيحنث وكذلك الدار لأنه عقد يمينه على الإضافة ، وذلك موجود فى الزيادة بدائع بحر (ولو حلف لايجلس إلى هذه الأسطوانة أو إلى هذا الحائط فهدما ثم بنيا) ولو (بنقضهما) أو لايركب هذه السفينة فنقضت ،ثم أعيدت بخشبها (لم يحنث كما لو حلف لايكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به) لأن غير المبرى لايسمى قلما ، بل أنبوبا فإذا كسره فقد زال الاسم ومتى زال بطلت اليمين (والواقف على السطح داخل) عند المتقدمين

لايحنث لزوال الاسم بزوال البناء ، وأما الدار ففرق بين المنكرة والمعرفة اه (قوله لزوال اسم البيت) أى بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذى يبات فيه بخلاف الدار ، لأنها تسمى دارا ولابناء فيها فتح . وفى الذخيرة قال قائلهم:

الدار دار وإن زالت حوائطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم

(قوله لأنه كالصفة) الضمير للسقف قال فى الهداية : يحنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه اه . وفى الذخيرة لأن اسم البيت لم يزل عنه لإمكان البيتوتة فيه أو نقول اسم البيت ثابت لهذه البقعة لأجل الحيطان والسقف جميعا فإذا زال السقف فقد زال الاسم من وجه دون وجه ، فلاتبطل اليمين بالشك ،وقياس الأول يحنث فى المنكر أيضا لأن اسم البيت لم يزل ، وعلى قياس الثانى لايحنث لأنه بيت من وجه ، والحاجة هنا إلى عقد اليمين فلا ينعقد عليه بالشك بخلاف المعين فإن اليمين كانت منعقدة على هذه العين فلا تبطل بالشك اه ملخصا (قوله وعزاه فى البحر إلى البدائع الخ) أى عزا ماذكر فى المنكر ، ومقتضى مانقلناه عن الذخيرة أن الحكم فيه غير منقول وإنما هو تخريج مبنى على اختلاف التعليل فى المعرف ، فما فى البدائع أحد وجهين والوجه الآخر مابحثه فى النهر فافهم (قوله حنث بدخولها على أى صفة كانت) أى دارا أو مسجدا أوحماما لانعقاد اليمين على العين دون الاسم والعين باقية ذخيرة (قوله كهذا المسجد) أى فإنه يحنث بدخوله على أى صفة كان ط (قوله به يفتى) خلافا لقول محمد إنه إذا خرب واستغنى عنه يعود إلى ملك البانى أو ورثته ط عن الإسعاف (قوله لم يحنث) لأن اليمين وقعت على بقعة معينة فلا يحنث بغيرها بحر (قوله وكذلك الدار) أى لو زيد فيها حصة (قوله وذلك) أى ماعقد يمينه عليه موجود فى الزيادة.

قلت : وهذا الفرع يؤيد القول بأن مازيد فى مسجده صلى الله عليه وسلم له فضيلة أصل المسجد الواردة فى حديث «صلاة فى مسجدى» وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى الصلاة (قوله فنقضت) أى حتى صارت خشبا (قوله لم يحنث) لأن ذلك أعيد بصنعة جديدة قائمة بالعين ، ومن ذلك إذا حلف لايجلس على هذا البساط فخيط جانباه وجعل خرجا وجلس عليه لايحنث لأنه صار يسمى خرجا فإن فتقت الخياطة حتى عاد بساطا فجلس عليه حنث لأن الاسم عاد لابصنعة جديدة قائمة بالعين لأن الفتق إبطال الصنعة لاصنعة ولو قطع وجعل خرجين ثم فتقه وخاط القطع ، وجعلهما بساطا واحدا لايحنث ، وإن عاد الاسم لأنه عاد بصنعة جديدة قائمة بالعين ألا ترى أنه بمجرد الفتق لايعود اسم البساط إلا بعد الخياطة وهذا إذا كان كل واحد من الخرجين لايسمى بساطا لصغره فلو سمى يحنث وتمامه فى الذخيرة (قوله ثم براه) لأنه إنما صار قلما بسبب جديد ذخيرة (قوله فإذا كسره) قال الفضلى هذا إذا كسره على وجه يزول عنه اسم القلم فإنه يحتاج إلى الثناء أما إذا كسر رأس القلم بأن لايحتاج إلى الاصلاح يحنث صيرفية قال ط : والعرف الآن بخلاف هذا فإنه يقال قلم مكسور (قوله والواقف على السطح)

خلافا للمتأخرين ، ووفق الكمال بحمل الحنث على سطح له ساتر وعدمه على مقابله ؛ وقال ابن الكمال : إن الحالف من بلاد العجم لايحنث قال مسكين وعليه الفتوى ، وفى البحر وأفاد أنه لوارتقى شجرة أو حائطا حنث وعلى قول المتأخرين لا والظاهر قول المتأخرين فى الكل ،لأنه لايسمى داخلا عرفا كما لو حفر سردابا أو قناة لاينتفع بها أهل الدار قال وعم إطلاقه المسجد فلو فوقه مسكن فدخله لم يحنث لأنه ليس بمسجد بدائع ولو قيد الدخول بالباب

أى سطح الدار المحلوف على عدم دخولها إذا وصل إليه من سطح آخر ، وإنما عد داخلا لأن الدار عبارة عما أحاطت به الدائرة وهذا حاصل فى علو الدار وسفلها كما فى الفتح (قوله خلافا للمتأخرين) هم المعبر عنهم فى قول الهداية وقيل فى عرفنا يعنى عرف العجم لايحنث فتح (قوله وعدمه على مقابله) أى عدم الحنث الذى هو قول المتأخرين على مقابله : أى على سطح لاساتر له لأنه ليس إلا فى هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة ، إلا أن يكون عرف أنه داخل الدار . والحق أن السطح لاشك أنه من الدار ، لأنه من أجزائها حسا لكن لايلزم من القيام عليه أن يقال إنه فى العرف داخل الدار مالم يدخل جوفها إذ لايتعلق لفظ دخل إلا بجوف حتى صح أن يقال لم يدخل الدار ، ولكن صعد السطح من خارج أفاده فى الفتح .

وحاصله أن الدخول لايتحقق فى العرف إلا فى موضع له ساتر من حيطان أو درابزين أو نحوه ؛ قال فى النهر : ومقتضى كلام الكمال أنه لوحلف لايخرج منها فصعد إلى سطحها الذى لاساتر له أن يحنث والمسطور فى غاية البيان أنه لايحنث مطلقا لأنه ليس بخارج اهـ .

قلت : فيه نظر لأنه لايلزم من عدم تحقق الدخول فى صعود السطح أن يتحقق الخروج فيه بل يصح أن يقال إن من صعد السطح ليس بداخل ولا خارج ، لأن حقيقة الدخول الانفصال من الخارج إلى الداخل والخروج عكسه ، ولا شك أن السطح حيث كان من أجزاء الدار لم يكن الصاعد إليه خارجا عنها ، ومقتضى هذا أن يحنث إذا توصل إليه من خارجها لأنه انفصل من خارجها إلى داخلها لكن مبنى كلام الكمال على أنه لايسمى فى العرف داخلا فيها مالم يدخل جوفها والجوف المستور بساتر هذا ما ظهر لى فافهم (قوله لايحنث) لأن الواقف على السطح لايسمى واقفا عندهم زيلعى وهذا على توفيق الكمال محمول على سطح لاساتر له لما علمت من أن المتأخرين هم المعبر عنهم فى كلام الهداية بقوله : وقيل فى عرفنا يعنى عرف العجم ، فكان ينبغى للشارح أن يذكر توفيق الكمال بعد قوله وقال ابن الكمال لكن يبقى بعد هذا فى كلامه إيهام أن مانقله عن ابن الكمال قول ثالث خارج عن قولى المتقدمين والمتأخرين مع أنه قول المتأخرين كما سمعت (قوله وعليه الفتوى) لأن المفتى به اعتبار العرف فحيث تغير العرف فالفتوى على العرف الحادث فافهم (قوله وأفاد) أى قوله والواقف على السطح داخل (قوله ولو ارتقى شجرة) أى فى الدار والمراد أنه ارتقى إليها من خارج الدار ، وإلا كان داخلا فى الدار فيحنث بلا خلاف ح (قوله أو حائطا) أى مختصا بالدار فلو مشتركا بينه وبين الجار لم يحنث كما فى الظهيرية بحر فافهم (قوله لأنه لايسمى داخلا عرفا) لما مر من أنه لايتعلق لفظ دخل إلا بجوف (قوله لاينتفع بها أهل الدار) أما لو كان للقناة موضع مكشوف فى الدار يستقون منه ، فإذا بلغه حنث لأنه من منافع الدار بمنزلة بئر الماء وإن كان للضوء لم يحنث لأنه ليس من مرافقها ولا يعد داخله داخلا فى الدار بحر عن المحيط ملخصا ، وقوله للضوء : أى لضوء القناة كما عبر فى الخانية وفى بعض نسخ البحر للوضوء وهو تحريف (قوله قال) أى فى البحر (قوله وعم إطلاقه) أى إطلاق السطح بأن حلف لايدخل المسجد فدخل سطحه (قوله لأنه ليس بمسجد) ظاهره كما قال ط إن المراد مسكن بناه الواقف أما الحادث على سطحه فلا يخرج السطح عن حكم المسجد .

حنث بالحادث ولو نقبا إلا إذا عينه بالإشارة بدائع (و) الواقف بقدميه (فى طاق الباب) أى عتبته التى بحيث (لو أغلق الباب كان خارجا لا) يحنث (وإن كان بعكسه) بحيث لو أغلق كان داخلا (حنث) فى حلفه لايدخل (ولو كان المحلوف عليه الخروج انعكس الحكم) لكن فى المحيط : حاف لايخرج فرقى شجرة فصار بحال لو يسقط سقط فى الطريق لم يحنث ، لأن الشجرة كبناء الدار (وهذا) الحكم المذكور (إذا كان) الحالف (واقفا بقدميه فى طاق الباب فلو وقف بإحدى رجليه على العتبة وأدخل الأخرى ، فإن استوى الجانبان ، أو كان الجانب الخارج أسفل لم يحنث وإن كان الجانب الداخل أسفل حنث) زيلعى (وقيل لايحنث مطلقا هو الصحيح) ظهيرية لأن الانفصال التام لايكون إلا بالقدمين (ودوام الركوب واللبس والسكنى لإنشاء) فيحنث بمكث ساعة (لادوام الدخول والخروج والتزوج والتطهير)

قلت : لكن فى العرف لايسمى ذلك المسكن مسجدا مطلقا تأمل (قوله ولو نقبا) قال فى البحر : فإن نقب للدار بابا آخر فدخل يحنث ، لأنه عقد يمينه على الدخول من باب منسوب للدار وقد وجد ، وإن عنى به الباب الأول يدين لأن لفظه يحتمله ولا يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر حيث أراد بالمطلق المقيد (قوله إلا إذا عينه بالإشارة) فإذا دخل من باب آخر لايحنث ، لأنه لم يوجد الشرط بحر (قوله كان خارجا) أى كان الطاق أو الواقف خارجا عن الباب (قوله بحيث الخ) تصوير للعكس (قوله انعكس الحكم) فى الوجه الأول يحنث وفى عكسه لا (قوله لكن فى المحيط الخ) استدراك على ما أفاده قوله انعكس الحكم من أنه إذا وقف على العتبة الخارجة يحنث فى حلفه لايخرج ، فإن مقتضى مافى المحيط أن لايحنث لكون العتبة من بناء الدار اللهم إلا أن يفرق بالعرف فان من كان على العتبة الخارجة يعد خارجا ومن كان على أغصان الشجرة يعد مستعليا على أغصان الشجرة التى فى الدار لاخارجا ط .

قلت : ومر أن الظاهر قول المتأخرين فى أنه لايعد داخلا عرفا بإرتقاء الشجرة فكذا لايعد خارجا فى مسألتنا (قوله لأن الشجرة كبناء الدار) أى فهى كظلة فى الدار على الطريق (قوله إذا كان الحالف) أى على عدم الخروج (قوله لم يحنث) لأن اعتماد جميع بدنه على رجله التى هى فى الجانب الأسفل (قوله زيلعى) ومثله فى كثير من الكتب بحر (قوله هو الصحيح) عزاه فى الظهيرية إلى السرخسى وفى البحر وهو ظاهر ، لأن الانفصال التام الخ . وقال فى الفتح وفى المحيط : لو أدخل إحدى رجليه لايحنث وبه أخذ الشيخان الإمامان شمس الأئمة الحلوانى والسرخسى ، هذا إذا كان يدخل قائما فلو مستلقيا على ظهره أو بطنه أو جنبه فتدحرج ، حتى صار بعضه داخل الدار ، إن كان الأكثر داخل الدار يصير داخلا وإن كان ساقاه خارجها (قوله ودوام الركوب واللبس الخ) يعنى لو حلف لا يركب هذه الدابة ، وهو راكبها أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث ساعة حنث ، فلو نزل أو نزع الثوب أو أخذ فى النقلة من ساعته لم يحنث (قوله فيحنث بمكث ساعة) لأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها وإلا فدوام الفعل حقيقة مع أنه عرض لايبقى مستحيل كما فى النهر والمراد بالساعة التى تكون دواما هى مايمكنه فيها النزول ونحوه كما فى البحر ، فلو دام على السكنى لعدم إمكان الخروج والنقلة لايحنث كما يأتى بيانه (قوله لا دوام الدخول الخ) لأن الدخول حقيقة ولغة وعرفا فى الانفصال من الخارج إلى الداخل ، ولا دوام لذلك ولذا لو حاف ليدخلنها غدا وهو فيها ، فمكث حتى مضى الغد حنث لأنه لم يدخلها فيه إذا لم يخرج ، ولو نوى بالدخول الإقامة فيها لم يحنث وكذا لو حلف لايخرج وهو خارج لايحنث ، حتى يدخل ثم يخرج وكذا لايتزوج وهو متزوج ، ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام

والضابط أن مايمتد فلدوامه حكم الابتداء وإلا فلا ، وهذا لو اليمين حال الدوام ، أما قبله فلا؛ فلو قال : كلما ركبت فأنت طالق أو فعلى درهم ثم ركب ودام لزمه طلقة ودرهم، ولو كان راكبا لزمه فى كل ساعة يمكنه النزول طلقة ودرهم .

قلت : فى عرفنا لايحنث إلا فى ابتداء الفعل في الفصول كلها وإن لم ينو وإليه مال أستاذنا مجتبى (حلف لايسكن هذه الدار أو البيت أو المحلة) يعنى الحارة (فخرج وبقى متاعه وأهله) حتى لو بقى وتد (حنث) واعتبر محمد

النكاح والطهارة لايحنث فتح (قوله والضابط أن مايمتد) أى مايصح امتداده كالقعود والقيام ولذا يصح قران المدة به كاليوم والشهر (قوله وهذا) أى الحنث بالمكث ساعة فيما يمتد لو اليمين حال الدوام : أى لو حلف وهو متلبس بالفعل بأن قال إن ركبت فكذا وهو راكب فيحنث بالمكث، أما لو حلف قبله فلا يحنث بالمكث بل بإنشاء الركوب قال فى الفتح : لأن لفظ ركبت إذا لم يكن الحالف راكبا يراد به إنشاء الركوب ، فلا يحنث بالاستمرار ، وإن كان له حكم الابتداء بخلاف حلف الراكب لا أركب فإنه يراد به الأعم من ابتداء الفعل وما فى حكمه عرفا اه (قوله فى الفصول كلها) أى يمتد ومالا يمتد سواء كان متلبسا بالفعل ثم حلف أو لم يكن ط (قوله وإليه مال أستاذنا) عبارة المجتبى وفيه عن أبى يوسف مايدل عليه وإليه أشار أستاذنا اه ونقل كلامه فى البحر وأقره عليه والظاهر أن عرف زمانه كان كذلك أيضا .

مطلب حلف لايسكن الدار

(قوله حلف لايسكن الخ) فلو حلف لايقعد فى هذه الدار ولا نية له قالوا إن كان ساكنا فيها فهو على السكنى وإلا فعلى القعود حقيقة بحر عن المحيط . وفى الخانية : حلف لا يخرج من بلد كذا فهو على الخروج ببدنه ، وفى لايخرج من هذه الدار فهو على النقلة منها بأهله إن كان ساكنا فيها إلا إذا دل الدليل على أنه أراد الخروج ببدنه اه (قوله يعنى الحارة) كذا قال فى البحر المحلة هى المسماة فى عرفنا بالحارة اه .

قلت : المحلة فى عرفنا الآن تطلق على الصقع الجامع لأزقة متعددة كل زقاق منها يسمى حارة وقد تطلق الحارة على المحلة كلها (قوله فخرج) وكذا لو لم يخرج بالأولى بحر ، لأن السكنى مما يمتد فلدوامه حكم الابتداء وظاهر مامر عن المجتبى عدم الحنث فى عرفهم (قوله وأهله) قال فى البحر : الواو بمعنى أو لأن الحنث يحصل ببقاء أحدهما ، والمراد بالأهل زوجته وأولاده الذين معه وكل من كان يأويه لخدمته والقيام بأمره كما فى البدائع (قوله حتى لو بقى وتد حنث) جعل حنث جواب لو فصار المتن بلا جواب ، فكان المناسب الأخصر أن يقول ولو وتدا وهو بكسر التاء أفصح من فتحها قهستانى ، وهذا تعميم للمتاع جريا على قول الإمام بأنه لابد من نقل المتاع كله كالأهل (قوله واعتبر محمد الخ) أى لأن ماوراء ذلك ليس من السكنى هداية . وقال أبو يوسف : يعتبر نقل الأكثر لتعذر نقل الكل فى بعض الأوقات . قال فى البحر : وقد اختلف الترجيح فالفقيه أبو الليث رجح قول الإمام وأخذ به والمشايخ استثنوا منه مالا يتأتى به السكنى كقطعة حصير ووتد كما ذكره فى التبيين وغيره ورجح فى الهداية قول محمد بأنه أحسن وأرفق ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه كما فى الفتح . وصرح كثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافى بأن الفتوى على قول أبى يوسف، والإفتاء بقول الإمام أولى لأنه أحوط وإن كان غيره أرفق اه .

قال فى النهر : أنت خبير بأنه ليس المدار إلا على العرف ولا شك أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إليه ونقل من أمتعته مايقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقى يقال ليس ساكنا فيه بل انتقل منه وسكن فى المكان الفلانى ، وبهذا يترجح قول محمد اه .

نقل ما تقوم به السكنى ، وهو أرفق وعليه الفتوى قاله العينى ، ولو إلى سكة أو مسجد على الأوجه ، قاله الكمال وأقره فى النهر ، وهذا لو يمينه بالعربية ولو بالفارسية بر بخروجه بنفسه كما لو كان سكناه تبعا وكما لو أبت المرأة النقلة وغلبته أو لم يمكنه الخروج ولو بدخول ليل

قلت : وهذا الترجيح بالوجه المذكور مأخوذ من الفتح وفى الشرنبلالية عن البرهان إن قول محمد أصح مايفتى به من التصحيحين اه .

قلت : ويؤيده مامر من استثناء المشايخ فإن عليه يتحد قول الإمام مع قول محمد ، وأما قول النهر إنه ليس قول واحد منهم فهو غير ظاهر وإن كان كلام الزيلعى وغيره يوهم ماقاله فتأمل (قوله على الأوجه) قال فى الهداية : فان انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لايبر . دليله فى الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الأول فى حق الصلاة كذا هذا اه وفى الزيلعى : وقال أبو الليث : هذا إذا لم يسلم الدار المستأجرة إلى أهلها وأما إذا سلم فلا يحنث وإن كان هو والمتاع فى السكة أو فى المسجد اه قال فى الفتح : وإطلاق عدم الحنث أوجه وبقاء وطنه فى حق إتمام الصلاة لايستلزم تسميته ساكنا عرفا ، بل يقطع العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافرا أن لايقال فيه إنه ساكن وتمامه فيه . وفى البحر عن الظهيرية والصحيح أنه يحنث مالم يتخذ مسكنا آخر اه .

قلت : المعتبر العرف والعرف خلافه كما علمت (قوله وهذا الخ) الإشارة إلى مافى المتن قال في النهر : وجواب المسألة مقيد بقيود أن تكون اليمين بالعربية ، وأن يكون الحالف مستقلا بالسكنى وأن لا يكون الترك لطلب منزل (قوله ولو بالفارسية بر بخروجه بنفسه) وإن كان مستقلا بسكناه فتح وهذا الفرق منقول عن أبى الليث قال فى النهر : وكأنه بناه على عرفهم (قوله كما لو كان سكناه تبعا) كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها فلو حلف أحدهما لايسكن هذه الدار فخرج بنفسه وترك أهله وماله أو هى زوجها ومالها لايحنث فتح (قوله كما لو أبت المرأة وغلبته) أى وخرج هو ولم يرد العود إليه بحر ، وأطلقه فشمل ما إذا خاصما عند الحاكم أو لا كما فى البزازية (قوله أو لم يمكنه الخروج الخ) عطفه على ماقبله غير مناسب لأن ماقبله فى المسائل التى يبر فيها بخروجه بنفسه ، وهذا ليس منها فالمناسب أن يقول : ولو لم يمكنه الخروج الخ ويكون الجواب قوله الآتى لم يحنث قال فى الفتح : ثم إنما يحنث بتأخير ساعة إذا أمكنه النقل فيها وإلا بأن كان لعذر ليل أو خوف اللص ، أو منع ذى سلطان أو عدم موضع ينتقل إليه أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفا أو ضعيفا لايقدر على حمل المتاع بنفسه ، ولم يجد من ينقله لايحنث ، ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر .

مطلب إن لم أخرج فكذا فقيد أو منع حنث

وأورد ماذكره الفضلى فيمن قال : إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهى طالق فقيد أو منع من الخروج حنث وكذا إذا قال لامرأته وهى فى منزل أبيها إن لم تحضرى الليلة منزلى فمنعها أبوها من الخروج حنث . وأجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيفما كان لأن العدم لايتوقف على الاختيار ، وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى ، لأن المعقود عليه الاختيارى ، وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لاساكنا فلم يتحقق شرط الحنث اه ثم أعاد المسألة فى آخر الأيمان وذكر عن الصدر الشهيد فى الشرط العدمى خلافا ، وأن الأصح الحنث لأن الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالإكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وإن وجد العذر اه ونحوه فى الزيلعى والبحر ، وقد أوضحنا هذه المسألة فى آخر التعليق من الطلاق (قوله ولو بدخول ليل) هذا بمجرده

أو غلق باب أو اشتغل بطلب دار أخرى أو دابة ، وإن بقي أياما أوكان له أمتعة كثيرة فاشتغل بنقلها بنفسه، وإن أمكنه أن يستكرى دابة لم يحنث، ولونوى التحول ببدنه دين . وعند الشافعي يكفي خروجه بنية الانتقال (بخلاف المصر) والبلد (والقرية) فإنه يبر بنفسه فقط .

[فروع] حلف لايساكن فلانا فساكنه في عرصة دار أو هذا في حجرة ، وهذا في حجرة حنث إلا أن تكون دارا كبيرة :

ولو تقاسماها بحائط بينهما إن عين الدار في يمينه حنث وإن نكرها لا .

ولو دخلها فلان غصبا إن أقام معه حنث علم أولا ، وإن انتقل فورا

عذر في حق المرأة بخلاف الرجل لما في آخر أيمان الفتح عن الخلاصة قال لها : إن سكنت هذه الدار فأنت طالق وكان ليلا فهي معذورة حتى تصبح ، ولو قال لرجل لم يكن معذورا هو الأصح إلا لخوف لص أو غيره (قوله أو غلق باب) أي إذا لم يقدر على فتحه والخروج منه ولو قدر على الخروج بهدم بعض الحائط ولم يهدم لم يحنث لأن المعتبر القدرة على الخروج من الوجه المعهود عند الناس كما في الظهيرية بحر (قوله وإن بقي أياما) هو الصحيح لأن طلب المنزل من عمل النقلة فصار مدة الطلب مستثنى إذا لم يفرط في الطلب فتح (قوله وإن أمكنه أن يستكرى دابة) أي لنقل المتاع في يوم واحد مثلا إذ لايلزمه النقل بأسرع الوجوه ، بل بقدر مايسمى ناقلا في العرف فتح (قوله دين) أي ولا يصدق في القضاء بحر عن البدائع .

[فرع] حلف لايسكن هذه الدار ولم يكن ساكنها فيها لايحنث حتى يسكنها بنفسه وينقل إليها من متاعه مايبات فيه ويستعمله في منزله كما في البحر عن البدائع (قوله فإنه يبر بنفسه فقط) أي ولا يتوقف على نقل المتاع والأهل فتح قال في النهر : وفي عصرنا يعد ساكنا بترك أهله ومتاعه فيها ولو خرج وحده فينبغي أن يحنث قال الرملي كونه يعد ساكنا مطلقا غير مسلم بل إنما يعد ساكنا إذا كان قصده العود، أما إذا خرج منها لابقصد العود لايعد ساكنا ولعله مفيد بذلك .

مطلب حلف لايساكن فلانا

(قوله حلف لايساكن فلانا) فإن كان ساكنا معه فإن أخذ في النقلة وهي ممكنة وإلا حنث قال محمد فإن كان وهب له المتاع وقبضه منه وخرج من ساعته وليس من رأيه العود فليس بمساكن ، وكذلك إن أودعه المتاع أو أعاره ثم خرج لايريد العود بحر . وفي حاشية الرملي عن التتارخانية لاتثبت المساكنة إلا بأهل كل منهما ومتاعه (قوله فساكنه في عرصة دار) أي ساحتها وكذا في بيت أو غرفة بالأولى (قوله أو هذا في حجرة) في بعض النسخ بالواو ونسخة أو أحسن وهي الموافقة للبحر (قوله حنث) فلو نوى أن لايساكنه في بيت واحد أو حجرة واحدة يكونان فيه معا لم يحنث ،حتى يساكنه فيما نوى وإن نوى بيتا بعينه لم يصح بزازية ، وفي الذخيرة وغيرها لايساكنه في هذه المدينة أو القرية أو في الدنيا فساكنه في دار حنث ، ولو سكن كل في دار فلا إلا إذا نوى (قوله إلا أن تكون دارا كبيرة) نحو دار الوليد بالكوفة ودار نوح ببخارى لأن هذه الدار بمنزلة المحلة ظهيرية (قوله ولو تقاسماها الخ) يعني لو حلف لايساكن فلانا في دار فاقتسماها وضربا بينهما حائطا وفتح كل منهما لنفسه بابا ثم سكن كل منهما في طائفة فإن سمى دارا بعينها حنث وإن لم يسم ولم ينو فلا كما في الخانية ووجهه كما قال السائحاني أن اليمين إذا عقدت على دار بعينها يحنث بعد زوال البناء فبعد القسمة أولى (قوله ولو دخلها فلان غصبا) معناه وسكنها لأنه لايحنث بمجرد الدخول رملي، ومر أن المساكنة لاتثبت إلا بأهل كل منهما ومتاعه (قوله وإن انتقل فورا) أي على التفصيل السابق

وكما لو نزل ضيفا ، وكذا لو سافر الحالف فسكن فلان مع أهله به يفتى لأنه لم يساكنه حقيقة ، ولو قيد المساكنة بشهر حنث بساعة لعدم امتدادها بخلاف الإقامة بحر. وفى خزانة الفتاوى:

(قوله وكما لو نزل ضيفا) أى لايحنث. قال فى الخلاصة وفى الأصل لودخل عليه زائرا أوضيفا فأقام فيه يوما أويومين لايحنث والمساكنة بالاستقرار والدوام وذلك بأهله ومتاعه اه . وفى الخانية : حلف لا يساكن فلانا فنزل الحالف وهو مسافر منزل فلان فسكنا يوما أو يومين لايحنث ، حتى يقيم معه فى منزله خمسة عشر يوما كما لو حلف لايسكن الكوفة فمر بها مسافرا ونوى إقامة أربعة عشر يوما لايحنث ، وإن نوى إقامة خمسة عشر يوما حنث اه وقدوقعت هذه المسألة فى البحر بدون قوله وهو مسافر فأوهم أن مسألة الضيف مقيدة بما دون خمسة عشر يوما مع احتمال أن يفرقوا بينهما والله أعلم (قوله به يفتى) هو قول أبى يوسف وعند الإمام يحنث بناء على أن قيام السكنى بالأهل والمتاع بزازية ،وفرض المسألة فى التتارخانية عن المنتقى فيما إذا سافر المحلوف عليه ،وسكن الحالف مع أهله ولايخفى أن هذه أقرب إلى مظنة الحنث (قوله ولو قيد المساكنة بشهر الخ) عبارة البحر لوحلف لايساكنه شهر كذا فساكنه ساعة فيه حنث ، لأن المساكنة مما لايمتد ، ولو قال :لا أقيم بالرقة شهرا لايحنث مالم يقم جميع الشهر ،ولو حلف لايسكن الرقة شهرا فسكن ساعة حنث اه .

قلت : فقد فرقوا بين لفظ المساكنة ولفظ الإقامة ، وعلله الفارسى فى باب يمين الأبد والساعة من شرحه على تلخيص الجامع بأن الوقت فى غير المقدر بالوقت ظرف لا معيار ، والمساكنة والمجالسة ونحوهما غير مقدرة بالوقت لصحتها فى جميع الأوقات وإن قلت فيكون الوقت لتقدير المنع الثابت باليمين لا لتقدير الفعل بالوقت . وذكر أن السكنى لم يذكرها محمد فى الأصل وإنما اختلف فيها المشايخ فقيل : كالمساكنة وقيل : يشترط استيعابها الوقت اه ، ومقتضى هذا أن الإقامة مقدرة بالوقت بمعنى أنها لا تسمى إقامة مالم تمتد مدة ، ويشير إلى هذا مافى التتارخانية وإذاحلف لايقيم فى هذه الدار كان أبو يوسف يقول إذا قام فيها أكثر النهار أو أكثر الليل يحنث ثم رجع وقال إذا أقام فيها ساعة واحدة يحنث وهو قول محمد ، وإذا حلف لايقيم بالرقة شهرا فليس بحانث حتى يقيم بها تمام الشهر اه .

ومفاده: أن الإقامة متى قيدت بالمدة لزم فى مفهومها الامتداد ،وتقيدت بالمدة المذكورة كلها بخلاف المساكنة ، فإنه لايلزم امتدادها مطلقا لصدقها على القليل والكثير فلا تكون المدة قيدا لها بل قيد للمنع بمعنى أنه منع نفسه عن المساكنة فى الشهر ، فإذا سكن يوما منه حنث لعدم المنع هذا غاية ماظهرلى فى هذا المحل وبه ظهر أن قولهم هنا إن المساكنة ممالايمتد معناه لايلزم فى تحققها الامتداد ، بخلاف الإقامة إذا قرنت بالمدة فلا ينافى مامر فى كلام المصنف والشارح تبعا لغيرهما أن المساكنة مما يمتد بخلاف الدخول والخروج ، لأن معناه أنها يمكن امتدادها وهذا غير المعنى المراد هنا وقد خفى هذا على الخير الرملى وغيره فادعوا أن ماهنا مناقض لما مر وأن الصواب إسقاط عدم من قوله لعدم امتدادها فافهم .

ثم اعلم أنه فى التتارخانية وغيرها ذكر أنه لو قال عنيت المساكنة جميع الشهر صدق ديانة لاقضاء وقيل قضاء أيضا والصحيح الأول .

قلت : وأنت خبير بأن مبنى الأيمان على العرف والعرف الآن فيمن حلف لايساكن فلانا شهرا أو لايسكن هذه الدار شهرا أولا يقيم فيها شهرا أنه يراد جميع المدة فى المواضع الثلاث والله سبحانه أعلم (قوله وفى خزانة الفتاوى الخ) مخالف لما يأتى فى باب اليمين بالضرب من أنه يشترط فى الضرب القصد على الأظهر اهـ ح .

حلف لايضربها فضربها من غير قصد لايحنث (وحنث فى لايخرج) من المسجد (إن حمل وأخرج) مختارا (بأمره وبدونه) بأن حمل مكرها (لا) يحنث (ولو راضيا بالخروج) فى الأصح (ومثله لا يدخل أقساما وأحكاما وإذا لم يحنث) بدخوله بلا أمره أوبزلق أو بعثر أو هبوب ريح أو جمح دابة على الصحيح ظهيرية (لاتنحل يمينه) لعدم فعله (على المذهب) الصحيح فتح وغيره ،

قلت : ومع هذا لامناسبة لذكره هنا إلا أن يقال استوضح به قوله فى المسألة المارة إن أقام معه حنث علم أولا (قوله من المسجد) قيد به تبعا للإمام محمد فى الجامع الصغير احترازا عن الدار المسكونة قال فى الذخيرة مانصه قال القدورى : الخروج من الدار المسكونة أن يخرج بنفسه ومتاعه وعياله ،والخروج من البلدة والقرية أن يخرج ببدنه خاصة زاد فى المنتقى إذا خرج ببدنه فقدبر أراد سفرا أو لم يرد اه ولا يخفى أن قوله زاد فى المنتقى الخ راجع لمسألة الخروج من البلد والقرية ، فلا يدل على أنه يكفى أن يخرج ببدنه فى مسألة الدار أيضا فليس فى ذلك مايخالف مافى البحر وغيره فافهم، نعم فى الظهيرية والخانية : لو حلف لايخرج من هذه الدار فهو على الرحيل منها بأهله إن كان ساكنا فيها إلا إذا دل الدليل على أنه أراد به الخروج ببدنه (قوله بأن حمل مكرها) أى ولو كان بحال يقدر على الامتناع ولم يمتنع فى الصحيح خانية ، وفى البزازية تصحيح الحنث فى هذه الصورة هذا. واعترض فى الشرنبلالية ذكر الإكراه هنا بأنه لايناسب قوله ولو راضيا إذ لايجامع الإكراه الرضا اه . وفى الفتح : والمراد من الإخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كارها لذلك لا الإكراه المعروف هو أن يتوعده حتى يفعل فإنه إذا توعده فخرج بنفسه حنث ، لما عرف أن الإكراه لا يعدم الفعل عندنا اه وأقره فى البحر. واعترض فى اليعقوبية التعليل بما قالوا فى لا أسكن الدار فقيد ومنع لايحنث ، لأن للإكراه تأثيرا فى إعدام الفعل. وأجبت عنه فيما علقته على البحر بأنه قد يقال إنه يعدم الفعل بحيث لاينسب إلى فاعله إذا أعدم الاختيار وهنا دخل باختياره فليتأمل . وفى القهستانى عن المحيط لو خرج بقدميه للتهديد لم يحنث وقيل حنث اه . ومفاده اعتماد عدم الحنث لكن فى إكراه الكافى للحاكم الشهيد لو قال عبده حر إن دخل هذه الدار فأكره بوعيد تلف حتى دخل عتق ولايضمن المكره قيمة العبد (قوله لايحنث) لأن الفعل وهو الخروج لم ينتقل إلى الحالف لعدم الأمر وهو الموجب للنقل فتح (قوله فى الأصح) وقيل يحنث إذا حمله برضاه لا بأمره لأنه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر. وجه الصحيح أن انتقال الفعل بالأمر لابمجرد الرضا ولم يوجد الأمر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل إليه ، ولو قيل : إن الرضا ناقل دفع بفرع اتفاق وهو ما إذا أمره أن يتلف ماله ففعل لايضمن المتلف لانتساب الإتلاف إلى المالك بالأمر فلو أتلفه وهو ساكت ينظر لم ينهه ضمن بلا تفصيل لأحد بين كونه راضيا أولا فتح (قوله أقساما) من الحمل والإدخال بالأمر أو بغيره مكرها أو راضيا قهستانى (قوله وأحكاما) من الحنث وعدمه (قوله وإذا لم يحنث) شرط جوابه قول المصنف لا تنحل يمينه ط (قوله أو بزلق) عطف على قوله بلا أمره أى بزلق قدميه وهو بفتحتين مصدر زلق كفرح وفى نسخة ولو بزلق (قوله أو بعثر) بصيغة المصدر فهو بسكون الثاء المثلثة. قال فى القاموس : عثر كضرب ونصر وعلم وكرم عثرا وعثيرا وعثارا وتعثرا كبا اه ط (قوله أو جمح دابة) فى المصباح جمح الفرس براكبه يجمح جماحا بالكسر وجموحا استعصى حتى غلب تأمل (قوله على الصحيح) راجع إلى جميع المعاطيف ط (قوله فتح وغيره) عبارة الفتح قال السيد أبو شجاع : تنحل وهو أرفق بالناس وقال غيره من المشايخ : لا تنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشى وقاضيخان ، وذلك لأنه إنما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل إليه ، وإذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها فى الذمة ، ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل

وفى البحر عن الظهيرية به يفتى لكنه خالف فى فتاويه فأفتى بانحلالها أخذا بقول أبى شجاع ، لأنه أرفق لكنك علمت المعتمد (ولا يحنث فى قوله لايخرج إلا إلى جنازة إن خرج إليها) قاصدا عند انفصاله من باب داره مشى معها أم لا لما فى البدائع إن خرجت إلا إلى المسجد فأنت طالق فخرجت تريد المسجد ثم بدا لها فذهبت لغير المسجد لم تطلق (ثم أتى أمرا آخر) لأن الشرط فى الخروج والذهاب والرواح والعيادة والزيارة النية عندالانفصال لاالوصول إلا فى الإتيان .

بعد هذا الإخراج هل يحنث ؟ فمن قال انحلت قال لا يحنث ،وهذا بيان كونه أرفق بالناس ، ومن قال لم تنحل قال حنث . ووجبت الكفارة وهو الصحيح اه وقوله فيما لو دخل بعد هذا الإخراج يعنى ثم خرج بنفسه لأن كلامه فيما لو حلف لايخرج فأخرج محمولا بدون أمره وإذا لم تنحل اليمين بهذا الإخراج يحنث لو دخل ثم خرج بنفسه لابمجرد دخوله فافهم (قوله لكنه خالف فى فتاويه الخ) ذكر الرملى أنه لم يجد ذلك فى فتاوى صاحب البحر ، بل وجد مايخالفه .

قلت : ولعل ذلك ساقط من نسخته وإلا فقد وجدته فيها (قوله قاصدا) أى قاصدا الخروج إليها فلو قصد الخروج لغيرها حنث وإن ذهب إليها (قوله عند انفصاله من باب داره) لأنه بذلك يعد خارجا بها ، فلوكان فى منزل من داره فخرج إلى صحنها ثم رجع لايحنث لم يخرج من باب الدار لأنه لايعد خارجا فى جنازة فلان مادام فى داره بحر عن المحيط (قوله لأن الشرط الخ) علة لقوله مشى معها أم لا ولما استشهد عليه من عبارة البدائع أيضا .

وحاصله : أن المستثنى هو الخروج على قصد الجنازة والخروج هو الانفصال من داخل إلى خارج ، ولايلزم فيه الوصول إليها ليمشى معها أو يصلى عليها ، وأما علة عدم الحنث فيما إذا أتى أمرا آخربعد خروجه إليها فهى ما أفاده فى الفتح من أن ذلك الإتيان ليس بخروج والمحلوف عليه هو الخروج (قوله والذهاب)كون الذهاب مثل الخروج هو الذى مشى عليه فى الكنز وغيره وصححه فى الهداية وغيرها . قال فى الدر المنتقى : وقيل كالإتيان فيشترط فيه الوصول وصححه فى الخانية والخلاصة قال الباقانى : والمعتمد الأول نعم لو نوى بالذهاب الإتيان أو الخروج فكما نوى اه .

قلت : والإرسال والبعث كالخروج أيضا فإنه لايشترط فيهما الوصول. ففى الذخيرة: لو قال إن لم أرسل إليك أو إن لم أبعث إليك هذا الشهر نفقتك فأنت كذا فضاعت من يد الرسول لايحنث (قوله والرواح) هو بحث للبحر كما يأتى ويظهر لى أن العرف فيه استعماله مرادا به الوصول ولايخفى أن النية تكفى أيضا (قوله والعيادة والزيارة) تابع فى ذلك صاحب البحر حيث قال وقيد بالإتيان ، لأن العيادة والزيارة لايشترط فيهما الوصول ولذا قال فى الذخيرة : إذا حلف ليعودن فلانا وليزورنه فأتى بابه فلم يؤذن له فرجع ولم يصل إليه لايحنث وإن أتى بابه ولم يستأذن حنث اه .

قلت : ومقتضاه أن الإتيان يشترط فيه الاجتماع وليس كذلك لما فى الذخيرة : ولو حلف لايأتى فلانا فهو على أن يأتى منزله أو حانوته لقيه أو لم يلقه وإن أتى مسجده لم يحنث رواه إبراهيم عن محمد اه .

فقد علم أن العيادة والزيارة مثل الإتيان فى اشتراط الوصول إلى المنزل دون صاحبه بل يشترط فى العيادة والزيارة الاستئذان فهما أقوى من الإتيان فى اشتراط الوصول ، فلا يصح إلحاقهما بالخروج والذهاب والحمد لله ملهم الصواب (قوله إلا فى الإتيان) صوابه إلا فى الإتيان والعيادة والزيارة كما علمت من اشتراط الوصول

فلو حلف (لايخرج أو لايذهب) أو لايروح بحر بحثا (إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع عنها) قصد غيرها أم لا نهر :

(حنث إذا جاوز عمران مصره على قصدها) أن بينه وبينها مدة سفر وإلا حنث بمجرد انفصاله فتح بحثا وفيه حلف ليخرجن مع فلان العالم إلى مكة فخرج معه حتى جاوز البيوت ، وفى لايخرج من بغداد

فى الثلاثة ومثله الصعود. فنى الذخيرة قال لامرأته : إن صعدت هذا السطح فأنت كذا فارتقت مرقاتين أو ثلاثة فقيل يجب أن يكون فيه الخلاف المار فى الذهاب. وقال أبو الليث وعندى لايحنث هنا بالاتفاق اه :

قلت : وصححه فى الخانية ولعل وجهه أن صعود السطح الاستعلاء عليه فلا بد من الوصول ، نعم لو قال : إن صعدت إلى السطح ينبغى أن يجرى فيه الخلاف المار تأمل . وفى الذخيرة عن المنتقى لزم رجلا فخلف الملتزم ليأتينه غدا فأتى فى الموضع الذى لزمه فيه لايبر حتى يأتى منزله ، ولو لزمه فى منزله فتحول إلى غيره لايبر حتى يأتى المنزل الذى تحول إليه ولو قال إن لم آتك غدا فى موضع كذا فأتاه فلم يجده فقد بر بخلاف إن لم أوافك لأنه على أن يجتمعا (قوله فلو حلف الخ) تفريع على قوله لأن الشرط فى الخروج والذهاب الخ ط (قوله بحر بحثا) يؤيده العرف وكذا مافى المصباح حيث قال : وقد يتوهم بعض الناس أن الرواح لايكون إلا فى آخر النهار ، وليس كذلك بل الرواح والغدو عند العرب يستعملان فى المسير أى وقت كان من ليل أو نهار قاله الأزهرى وغيره وعليه قوله عليه الصلاة والسلام « من راح إلى الجمعة فى أول النهار فله كذا » أى من ذهب اه (قوله ثم رجع عنها) وكذا لو لم يرجع بالأولى فهو غير قيد ولذا قال فى الفتح رجع عنها أو لم يرجع :

مطلب حلف لايخرج إلى مكة ونحوها

(قوله قصد غيرها أم لا) أى لأن الحنث تحقق بمجرد الخروج على قصدها ، فلا فرق حينئذ بعد ماخرج بين أن يقصد الذهاب إلى غيرها أولا (قوله فتح بحثا) حيث قال : وقد قالوا إنما يحنث إذا جاوز عمرانه على قصدها كأنه ضمن لفظا أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضى إليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغى أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل اه :

قلت : يؤيده قوله فى الذخيرة لأن الخروج إلى مكة سفر والإنسان لايعد مسافرا إذا لم يجاوز عمران مصره اه أى بخلاف الخروج إلى الجنازة لكن لما كانت الجنازة فى المصر اعتبر فى الخروج انفصاله من باب داره وإن كانت المقبرة خارج المصر لأنه لم يحلف على الخروج إلى المقبرة ، أما لو حلف على ذلك أو على الخروج إلى القرية مثلا مما يلزم منه الخروج من المصر ، فالظاهر أنه يلزم مجاوزة العمران وإن لم يقصد مدة سفر . وفى البحر عن البدائع قال عمر بن أسد : سألت محمدا عن رجل حلف ليخرجن من الرقة ما الخروج ؟ قال ، إذا جعل البيوت خلف ظهره لأن من حصل فى هذه المواضع جاز له القصر اه .

قال فى البحر : فالحاصل أن الخروج إذا كان من البلد فلا يحنث حتى يجاوز عمران مصره سواء كان إلى مقصده مدة سفر أولا وإن لم يكن خروجا من البلد فلا يشترط مجاوزة العمران اه. وهذا مخالف لما بحثه فى الفتح فليتأمل (قوله وفيه الخ) لم أجد ذلك فى الفتح بل هو فى البحر وغيره (قوله مع فلان العالم) الذى فى البحر وغيره العالم أى هـذه السنة فهو ظرف زمان معرف بأل التى للحضور (قوله بر) فإذا بدا له أن يرجع رجع بلا ضرر بحر :

قلت : والظاهر أنه لابد من أن يكون خروجه على قصد السفر لا على قصد الرجوع ولذا قال : فإذا بدا له الخ

فخرج مع جنازة والمقابر خارج بغداد حنث (وفى لأياتيها لا) يحنث إلا بالوصول كما مر والفرق لايخفى (كما) لايحنث (لو حلف أن لاتأتى امرأته عرس فلان فذهبت قبل العرس وكانت ثمة حتى مضى) العرس لأنها ماأتت العرس بل العرس أتاها ذخيرة .

حلف (ليأتينه) فهو أن يأتى منزله أو حانوته لقيه أم لا (فلو لم يأته حتى مات) أحدهما (حنث فى آخر حياته) وكذا كل يمين مطلقة أما المؤقتة فيعتبر آخرها فإن مات قبل مضيه فلا حنث وقوله : حنث يفيد أنه لو ارتد ولحق لايحنث لبطلان يمينه بالله تعالى بمجرد الردة كما مر

ويدل عليه قوله فى الخانية فإذا خرج معه فجاوز البيوت ووجب عليه قصر الصلاة فقد بر إذ لايخفى أن وجوب القصر لايكون إلا عند قصد السفر وكذا قول المصنف وغيره فخرج يريدها .

[تنبيه] يعلم مما قررناه جواب مايقع كثيرا فيمن حلف ليسافرن فإنه يبر بمجاوزته العمران على قصد السفر إلى مكان بينه وبينه مدة السفر ، فإذا بدا له الرجوع رجع بلا ضرر وبه أفتى المصنف وغيره ، لكن لابد من قصد السفر كما قلنا لامجرد الخروج على قصد الرجوع لأنه لايتحقق به السفر ، والله أعلم (قوله فخرج مع جنازة) أى خرج من بغداد مع الجنازة بأن جاوز العمران قال ط : لكن العرف بخلافه فإن من حلف لايخرج من مصر فزار الإمام لايعد خارجا منها فى عرفنا اه .

قلت : لكن إذا قامت قرينة على إرادة الخروج مطلقا لسفر أو غيره يعد خارجا (قوله كما مر) أى قريبا فى قوله إلا فى الإتيان (قوله والفرق لايخفى) هو أن الخروج الانفصال من الداخل إلى الخارج وأما الإتيان فعبارة عن الوصول قال تعالى ـ فائتيا فرعون فقولا ـ (قوله فذهبت قبل العرس) أى بحيث لاتعد عرفا أنها أتت العرس بأن كان ذلك قبل الشروع فى مباديه وفى البزازية لايذهب إلى وليمة فذهب لطلب غريمه لايحنث اه أى إذا كان الغريم فى الوليمة وذكر فى الذخيرة أنه أفتى بذلك شيخ الإسلام الإسبيجابى (قوله فهو أن يأتى منزله أو حانوته) فلو أتى مسجده لايكفى فالشرط الوصول إلى محله لا الاجتماع كما قدمناه (قوله حتى مات أحدهما) قدر لفظ أحدهما لأن الحنث لا يختص بموت الحالف فقط ، بل المحلوف عليه مثله كما يأتى (قوله حنث فى آخر حياته) أى حياة أحدهما ، فلو كانت يمينه بالطلاق فماتت المرأة تبقى اليمين لامكان الإتيان بعد موتها ، نعم لو كان الشرط طلاقها مثل إن لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا يحنث بموتها أيضا لتحقق اليأس عن الشرط بموتها إذ لايمكن طلاقها بعده بخلاف الإتيان ونحوه كما قدمناه فى الطلاق الصريح عن الفتح وكلام الفتح هنا موهم خلاف المراد(١) فتنبه (قوله وكذا كل يمين مطلقة) أى لاخصوصية للإتيان ، بل كل فعل حلف أن يفعله فى المستقبل وأطلقه ولم يقيده بوقت لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر مثل ليضربن زيدا أو ليعطين فلانة أو ليطلقن زوجته وتحقق اليأس عن البر يكون بفوت أحدهما ولذا قال فى غاية البيان : وأصل هذا أن الحالف فى اليمين المطلقة لايحنث مادام الحالف و المحلوف عليه قائمين لتصور البر فإذا فات أحدهما فإنه يحنث اه بحر قال ح وهذا إذا كانت على الإثبات فإن كانت على النفى لايحنث فى آخر حياته ويمكن حنثه حالا كما لايخفى (قوله أما المؤقتة فيعتبر آخرها) أى آخر وقتها وفى بعض النسخ آخره أى آخر الوقت المعلوم من المقام أى فإذا مضى الوقت ولم يفعل حنث (قوله فلا حنث) لتعلق الحنث بآخر الوقت ولم يوجد فى حقه (قوله لبطلان يمينه بالله تعالى) أشار به إلى أن يمينه لو كانت بالطلاق مثلا لاتبطل بالردة لأن الكفر لاينافى التعليق بغير القرب ابتداء فكذا بقاء اه ح (قوله كما مر)

---

(١) (قوله موهم خلاف المراد) فإنه قال هنا فإن كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما ، ولا فرق فى ذلك بين موته وموتها فى الصحيح وتقدمت هذه فى الطلاق اه منه .

فتـــدبر :

حلف (ليأتينه غدا إن استطاع فهى) استطاعة الصحة لأنه المتعارف فتقع (على رفع الموانع) كمرض أو سلطان وكذا جنون أو نسيان بحر بحثا (وإن نوى) بها (القدرة) الحقيقية المقارنة للفعل (صدق ديانة) لاقضاء على الأوجه فتح لأنه خلاف الظاهر، وقد أظهر الزاهدى اعتزاله هنا فى المجتبى كما أظهره فى القنية فى موضعين من ألفاظ التكفير (لاتخرجى) بغير إذنى أو (إلا بإذنى) أو بأمرى أو بعلمى أو برضاى

أى أول الأيمان (قوله فتدبر) أمر بالتدبر إشارة إلى خفاء إفادة ذلك من قوله حنث ووجهها أن حنثه فى آخر حياته يدل على بقاء اليمين صحيحة قبل الموت ، إذ الباطلة لاحنث فيها والحكم باللحاق مرتدا وإن كان موتا حكما لكنه غير مراد هنا لبطلان اليمين بمجرد الرد قبل الحكم باللحاق الذى هو فى حكم الموت فحيث بطلت اليمين قبل الموت علم أن مراده بقوله حتى مات الموت الحقيقى إذ لايتصور الحنث بالموت الحكمى فافهم .

مطلب حلف لايأتينه إن استطاع

(قوله فهى استطاعة الصحة) أى الاستطاعة المعلومة من استطاع هى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه كما فى الفتح ،والمراد بالآلات الجوارح فالمريض ليس بمستطيع وصحة الأسباب تهيئة لإرادة الفعل على وجه الاختيار ، فخرج الممنوع نهر أى من منعه سلطان ونحوه (قوله لأنه المتعارف) أى المعنى المذكور هو المعروف عندالإطلاق كما فىقوله تعالى -من استطاع إليــه سبيلا- بخلاف المعنى الآتى فى المتن (قوله فتقع على رفع الموانع) يشمل المانع المعنوى كالمرض والحسى كالقيد ونحوه فيستغنى بذلك عن ذكر سلامة الآلات ، ولهذا فسرها محمد بقوله إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لايقدر على إتيانه فلم يأته حنث اه (قوله بحر بحثا) حيث قال : فينبغى أنه إذا نسى اليمين لايحنث ، لأن النسيان مانع وكذا لوجن فلم يأته حتى مضى الغد كما لايخفى (قوله المقارنة للفعل) أى التى تخلق معه بلا تأثير لها فيه ، لأن أفعال العباد مخلوقة لله تعالى فتح (قوله صدق ديانة) فإذا لم يأته لعذر أو لغيره لايحنث كأنه قال لآتينك إن خلق الله تعالى إتيانى وهو إذا لم يأت لم يخلق إتيانه ولا استطاعته المقارنة وإلا لأتى فتح (قوله لأنه خلاف الظاهر) قال فى الفتح : وقيل يصدق ديانة وقضاء لأنه نوى حقيقة كلامه ، لأن اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والأول أوجه لأنه وإن كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الإطلاق عن القرينة لأحد المعنيين بخصوصه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضى بخلاف الظاهر اه (قوله وقد أظهر الزاهدى اعتزاله هنا) وتقدم نظير ذلك فى باب الحج عن الغير حيث قال : إن مذهب أهل العدل والتوحيد أنه ليس للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره ، وأراد بهم أهل الاعتزال كما مر بيانه ، وعبارته هنا وفى قوله أى صاحب الهداية حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل نظر قوى لأنه بناه على مذهب الأشعرية والسنية أن القدرة تقارن الفعل وأنه باطل ، إذ لو كان كذلك لما كان فرعون وهامان وسائر الكفرة الذين ماتوا على الكفر قادرين على الإيمان وكان تكليفهم بالإيمان تكليفا بما لايطاق وكان إرسال الرسل والأنبياء وإنزال الكتب والأوامر والنواهى والوعد والوعيد ضائعة فى حقهم اه قال فى البحر : وهو غلط لأن التكليف ليس مشروطا بهذه القدرة حتى يلزم ماذكره ، وإنما هو مشروط بالقدرة الظاهرة وهى سلامة الآلات وصحة الأسباب كما عرف فى الأصول ؛

(شرط) للبر (لكل خروج إذن) إلا لغرق أو حرق أو فرقة ولو نوى الإذن مرة

مطلب لاتخرجى إلا بإذنى

(قوله شرط للبر لكل خروج إذن) للبر متعلق بشرط ، ولكل متعلق بنائب الفاعل وهو إذن لابشرط لئلا يلزم تعدية فعل بحرفين متفقى اللفظ والمعنى أفاده القهستانى ، ثم لايخفى أن اشتراط الإذن راجع لقوله إلا بإذنى أما مابعده فيشترط فيه الأمر أو العلم أو الرضا ، وإنما شرط تكراره لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن فما وراءه داخل فى المنع العام ، لأن المعنى لاتخرجى خروجا إلا خروجا ملصقا بإذنى ، قال فى النهر : ويشترط فى إذنه لها أن تسمعه وإلا لم يكن إذنا وأن تفهمه ، فلو أذن لها بالعربية ولا عهد لها بها فخرجت حنث ، وأن لاتقوم قرينة على أنه لم يرد الإذن فلو قال لها اخرجى أما والله لو خرجت ليخزينك الله لايكون إذنا صرح به محمد ، وكذا لو قال لها فى غضب اخرجى ينوى التهديد لم يكن إذنا إذ المعنى حينئذ اخرجى حتى تطلقى اه ملخصا .

وفى البزازية : قامت للخروج فقال دعوها تخرج ولانية له لم يكن إذنا ، ولو سمع سائلا فقال لها أعطيه لقمة فإن لم تقدر على إعطائه بلا خروج كان إذنا بالخروج وإلا فلا ، وإن قال اشترى اللحم فهو إذن ، ولو أذن لها بالخروج إلى بعض أقاربه فخرجت لكنس الباب أو خرجت فى وقت آخر حنث ، ولو استأذنت فى زيارة الأم فخرجت إلى بيت الأخ لايحنث لوجود الإذن بالخروج ، إلا إن قال إن خرجت إلى أحد إلا بإذنى وفى لاتخرجى إلا برضاى فإذن ولم تسمع أو سمعت ولم تفهم لايحنث بالخروج لأن الرضا يتحقق بلا علمها بخلاف الإذن ، وفى إلا بأمرى فالأمر أن يسمعها بنفسه أو رسوله وفى الإرادة والهوى والرضا لايشترط سماعها ، وفى إلا بعلمى لايحنث لو خرجت وهو يراها أو أذن لها بالخروج فخرجت بعده بلا علمه اه ملخصا ، وتمام فروع المسألة هناك .

قال فى البحر : ولا فرق فى المسألة بين أن يكون المخاطب الزوجة أو العبد بخلاف مالو قال : لا أكلم فلانا إلا بإذن فلان أو حتى يأذن أو إلا أن يأذن ، أو إلا أن يقدم فلان أو حتى يقدم ، أو قال لرجل فى داره والله لاتخرج إلا بإذنى فإنه لايتكرر الإذن فى هذا كله لأن قدوم فلان لايتكرر عادة والإذن فى الكلام يتناول كل مايوجد من الكلام بعد الإذن ، وكذا خروج الرجل مما لايتكرر عادة ، بخلاف الإذن للزوجة فإنه لايتناول إلا ذلك الخروج المأذون فيه لا كل خروج إلا بنص صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجى كلما أردت الخروج كذا فى الفتح اه .

[تتمة] فى النهر عن المحيط لو قال إلا بإذن فلان فمات المحلوف عليه بطلت اليمين عندهما خلافا لأبى يوسف اه وفى الذخيرة : حلف لايشرب بغير إذن فلان فناوله فلان بيده ولم يأذن باللسان وشرب ينبغى أن يحنث ، لأنه ليس بإذن بل هو دليل الرضا (قوله أو فرقة) قال فى الفتح : ثم انعقاد اليمين على الإذن فى قوله إن خرجت إلا بإذنى فأنت طالق ، ووالله لاتخرجى إلا بإذنى مقيد ببقاء النكاح ، لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان إذا حلف إنسانا ليرفعن إليه خبر كل داعر فى المدينة كان على مدة ولايته فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لاتطلق وإن كان زوال الملك لايبطل اليمين عندنا لأنها لم تنعقد إلا على بقاء النكاح اه فلو لم يقيد بالإذن لم يتقيد بقيام النكاح كما سيذكره الشارح عن الزيلعى فى أواخر الأيمان مع عدة مسائل من هذا الجنس ، وهو كون اليمين المطلقة تصير مقيدة بدلالة الحال ، بقى لو خرجت فى عدة البائن هل يحنث؟ يظهر لى عدمه لأنها وإن

دين وتنحل يمينه بخروجها مرة بلا إذن ، ولو قال : كلما خرجت فقد أذنت لك سقط إذنه ، ولو نهاها بعد ذلك صح عند محمد وعليه الفتوى ولوالجية. وفى الصيرفية : حلف بالطلاق لا ينقل أهله لبلد كذا فرفع الأمر للحاكم فبعث رجلا بإذنه فنقل أهله لايحنث (بخلاف) قوله (إلا إن أو حتى) آذن لك لأنه للغاية ولو نوى التعدد صدق ❊ (حلف لايدخل دار فلان يراد به نسبة السكنى إليه) عرفا ولو تبعا أو بإعارة باعتبار عموم المجاز ومعناه

كانت ممنوعة لكن مانعها الشرع لاالزوج تأمل (قوله دين) أى ولايصدق فى القضاء وعليه الفتوى خانية أى لأنه خلاف الظاهر وإنما دين لأنه محتمل كلامه لأن الإذن مرة موجب الغاية فى قوله حتى آذن وبين الاستثناء والغاية مناسبة من حيث أن مابعدهما مخالف لما قبلهما فيستعار إلا بإذنى لمعنى حتى آذن فتح (قوله وتنحل يمينه الخ) أى لو خرجت بغير إذن ووقع الطلاق ثم خرجت مرة ثانية بلا إذن لايقع شيء لانحلال اليمين بوجود الشرط وليس فيها مايدل على التكرار بحر عن الظهيرية (قوله ولو نهاها بعد ذلك صح) أى بعد قوله كلما خرجت الخ قال فى الخانية وبه أخذ الشيخ الإمام ابن الفضل ، حتى لو خرجت بعد ذلك حنث ولو أذن لها بالخروج ثم قال لها كلما نهيتك فقد أذنت لك فنهاها لايصح نهيه اهـ (قوله وفى الصيرفية الخ) هذه مسألة استطرادية وذكر فى الذخيرة عبارة فارسية وقال بعدها ثم إن الزوج ذهب إلى سمرقند وبعث إليها أصحاب السلطان حتى أخرجوها على كره منها وذهبوا بها إلى زوجها بسمرقند بأمر الزوج هل يحنث فى يمينه ؟ فقيل : ينبغى أن يحنث على ظاهر جواب الكتاب أن للزوج نقلها من بلدة إلى بلدة أخرى بعد ما أوفى المعجل لأنه صح الأمر بالإخراج من الزوج وانتقل فعل المخرج إليه فكأن الزوج أخرجها بنفسه ، أما على اختيار أبى الليث أنه ليس له نقلها لم يصح الأمر ولم ينتقل فعل المخرج إليه فلا يحنث اهـ (قوله بخلاف قوله الخ) مرتبط بما تقدم فى المتن أى لو قال لاتخرجى إلا أن آذن أوحتى آذن لك ، فإنه يكفى الإذن مرة واحدة لأنه للغاية ، أما حتى فظاهر ، وأما إلا أن فتجوز بإلا عنها لتعذر استثناء الإذن من الخروج ، وتمامه فى الفتح والبحر . قال فى البحر : وأشار إلى أنه لو قال عبده حر إن دخل هذه الدار إلا أن ينسى فدخلها ناسيا ثم دخل ذاكرا لم يحنث بخلاف قوله إلا ناسيا لأنه استثنى من كل دخول دخولا بصفة فبقى ماسواه داخلا تحت اليمين ، أما الأول فإنه بمعنى حتى فلما دخلها ناسيا انتهت اليمين اهـ (قوله صدق) أى قضاء لأنه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه بحر ❊

مطلب لايدخل دار فلان يراد به نسبة السكنى

(قوله ولو تبعا) حتى لو حلف لايدخل دار أمه أو بنته وهى تسكن مع زوجها حنث بالدخول نهر عن الخانية .

قلت : وهو خلاف ما سيذكره آخر الأيمان عن الواقعات لكن ذكر فى التاترخانية أن فيه اختلاف الرواية ويظهر لى أرجحية ما هنا حيث كان المعتبر نسبة السكنى عرفا ولا يخفى أن بيت المرأة فى العرف ما تسكنه تبعا لزوجها وانظر ماسنذكره آخر الأيمان (قوله أو باعارة) أى لا فرق بين كون السكنى بالملك أو بالإجارة أوالعارية إلا إذا استعارها ليتخذ فيها وليمة فدخلها الحالف فإنه لايحنث كما فى العمدة والوجه فيه ظاهر نهر أى لأنها ليست مسكناله (قوله باعتبار عموم المجاز الخ) مرتبط بقوله يراد يعنى أن الأصل فى دار زيد أن يراد بها نسبة الملك ❊ وقد أريد بها ما يشمل العارية ونحوها وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وهو لايجوز عندنا . فأجاب بأنه من عموم المجاز بأن يراد به معنى عام يكون المعنى الحقيقى فردا من أفراده وهو نسبة السكنى : أى ما يسكنها زيد بملك أو عارية ، لكن بقى ما إذا دخل دارا مملوكة لزيد وساكنها غيره فحلف رجل لايدخل دار زيد ، فمقتضى كون المعتبر نسبة

كون محل الحقيقة فردا من أفراد المجاز (أو) حلف (لايضع قدمه فى دار فلان حنث بدخولها مطلقا) ولو حافيا أو راكبا لما تقرر أن الحقيقة متى كانت متعذرة أو مهجورة صير إلى المجاز، حتى لو اضطجع ووضع قدميه لم يحنث (وشرط للحنث فى) قوله (إن خرجت مثلا) فأنت طالق أو إن ضربت عبدك فعبدى حر (لمريد الخروج) والضرب

السكنى أن لايحنث. وفى المجتبى عن الإيضاح أن فيه عن محمد روايتين، وقيل: إذا كان لزيد دار غيرها يسكنها لم يحنث وإلا فيحنث اهـ.

قلت: وجزم فى الخانية بالحنث ولم يفصل وهو مرجح لإحدى الروايتين، وعليه فكان على المصنف أن يقول يراد به نسبة السكنى أو الملك، لكن مشى فى المحيط على عدم الحنث.

ففى النهر: اعلم أنه إذا حلف لايدخل دار زيد فداره مطلقا دار يسكنها، فلو دخل دار غلته لم يحنث كما فى المحيط وعليه تفرع ما فى المجتبى إن دخلت دار زيد فعبدى حر وإن دخلت دار عمرو فامرأته طالق فدخل دار زيد وهى فى يد عمرو بإجارة لم يعتق وتطلق فإن نوى شيئا صدق اهـ.

قلت: لكن الذى رأيته فى المجتبى وكذا فى البحر نقلا عنه يعتق وتطلق وعليه فهو متفرع على ما فى الخانية لا على ما فى المحيط. وفى الخانية أيضا لا يدخل دار فلان فآجرها فلان، فدخلها الحالف فيه روايتان قالوا عدم الحنث قول أبى حنيفة وأبى يوسف لأن الإضافة عندهما كما تبطل بالبيع تبطل بالإجارة والتسليم وملك اليد للغير اهـ.

قلت: هذا يفيد أن ما جزم به فى الخانية أولا قولهما وإحدى الروايتين عن محمد ويفيد أيضا أنها إذا بقيت بيد المالك غير مسكونة لأحد تبقى النسبة له فيحنث الحالف بدخولها ولو كان المالك ساكنا فى غيرها تأمل.

[تنبيه] فى الخانية أيضا حلف لايدخل دار زيد ثم حلف لايدخل دار عمرو فباعها زيد من عمرو وسلمها إليه فدخلها الحالف حنث فى اليمين الثانية عنده لأن عنده المستحدث بعد اليمين يدخل فيها لو مات مالك الدار فدخل لايحنث لانتقالها للورثة، ولو كان عليه دين مستغرق قال محمد بن سلمة: يحنث وقال أبو الليث: لا وعليه الفتوى لأنها وإن لم يملكها الورثة وبقيت على حكم ملك الميت لم تكن مملوكة له من كل وجه اهـ ملخصا.

مطلب لايضع قدمه فى دار فلان

(قوله ولو حافيا) الأولى أن يقول ولو منتعلا لأنه مع النعل لم تمس قدمه الأرض فيشمل الحافى بالأولى (قوله متعذرة) نحو والله لا آكل من هذه النخلة كما يأتى أول الباب الآتى (قوله أو مهجورة) كما فى مثالنا (قوله ووضع قدميه) أى بحيث يكون جسده خارج الدار درر (قوله لم يحنث) هو ظاهر الرواية كما فى الفتح شرنبلالية قال فى الذخيرة: ومتى صار اللفظ مجازا عن غيره لايعتبر اللفظ بحقيقته، وينصرف إلى المجاز كما فى وضع القدم إلا لدليل يدل على عدم إرادة المجاز، فتعتبر الحقيقة فإذا قال لامرأته إن ارتقيت هذا السلم أو وضعت رجلك عليه فأنت كذا فوضعت رجلها عليه ولم ترتق حنث لأن العطف دل على أنه أراد به الحقيقة ثم قال: وفى المنتقى لأضربنك بالسياط حتى أقتلك فهذا على الضرب الوجيع، ولو قال: لأضربنك بالسيف حتى تموتى فذا على الموت عرف مراده من تقييده بالسيف اهـ.

قلت: وهذا لاينافى قولهم الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض لأن المراد الألفاظ التى لم تهجر كما قدمناه أول الباب (قوله لمريد الخروج والضرب) أى لشخص أراد الخروج أو أراد الضرب، وهو متعلق بقول المصنف فى قوله أى قول الحالف، وقوله فعله فورا نائب فاعل شرط وضميره للمذكور من الخروج والضرب.

(فعله فورا) لأن قصده المنع عن ذلك الفعل عرفا ومدار الأيمان عليه ، وهذه تسمى يمين الفور تفرد أبو حنيفة رحمه الله بإظهارها ولم يخالفه أحد (و) كذا (فى) حلفه (إن تغديت) فكذا (بعد قول الطالب) تعال (تغد معى) شرط للحنث (تغديه معه) ذلك الطعام المدعو إليه (وإن ضم) إلى أن تغديت (اليوم أو معك)

مطلب فى يمين الفور

(قوله فورا) سئل السغدى بماذا يقدر الفور؟ قال بساعة ، واستدل بما ذكر فى الجامع الصغير : أرادت أن تخرج فقال الزوج إن خرجت فعادت وجلست وخرجت بعد ساعة لايحنث حموى عن البرجندى ، ولا يشترط لعدم حنثه إذا خرجت بعد ساعة تغيير تلك الهيئة الحاصلة مع إرادة الخروج ، يشير إليه قول الفتح تهيأت للخروج ، فحلف لا تخرج فإذا جلست ساعة ثم خرجت لايحنث ، لأن قصده منعها من الخروج الذى تهيأت له فكأنه قال إن خرجت الساعة ، وهذا إذا لم يكن له نية فإن نوى شيئا عمل به شرنبلالية .

قلت : وهو مفاد عبارة الجامع الصغير أيضا ، لكن فى البحر عن المحيط إن لم تقومى الساعة وتجيء إلى الدار فأنت كذا فقامت الساعة ولبست الثياب وخرجت ثم رجعت وجلست حتى خرج الزوج فخرجت وأتت الدار بعده لايحنث لأن رجوعها وجلوسها مادامت فى تهيؤ الخروج لايكون تركا للفور كما لو أخذها البول فبالت قبل لبس الثياب اه ملخصا إلا أن يفرق بين الإثبات والنفى فإن المحلوف عليه فى الأول عدم الخروج وهو ترك فيتحقق بتحقق ضده وهو الجلوس على وجه الإعراض فإنها إنما جلست للإعراض عن الخرجة المحلوف عليها فيتحقق عدم الخروج سواء تغيرت الهيئة أولا والمحلوف عليه فى الثانى المجىء المثبت ، وهو لايتحقق إلا بفعله والفاعل إذا تهيأ للفعل وجلس منتظرا له عازما عليه لايكون معرضا عنه بل هو فاعل حكما لكن لابد من بقاء تلك الهيئة هنا ليعلم بها أن الجلوس ليس على وجه الإعراض ، لأن الجلوس ضد الفعل المراد ظاهرا هذا ماظهر لى فتدبره (قوله وهذه تسمى يمين الفور الخ) من فارت القدر غلت استعير للسرعة أو من فوران الغضب انفرد الإمام بإظهارها ، وكانت اليمين أولا قسمين : مؤبدة أى مطلقة ومؤقتة ، وهذه مؤبدة لفظا مؤقتة معنى تتقيد بالحال ، إما بأن تكون بناء على أمر حالى كما مثل أو أن تقع جوابا بالكلام يتعلق بالحال كما فى إن تغديت أفاده فى النهر (قوله ولم يخالفه أحد) كذا فى البحر عن المحيط لكن نقل فى الفتح عن زفر والشافعى الحنث بها اعتبارا للإطلاق اللفظى (قوله تغديه معه) نائب فاعل شرط فلو خرج إلى منزله فتغدى لم يحنث لأن جوابه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف إلى الغداء المدعو إليه كذا فى الهداية (قوله ذلك الطعام المدعو إليه) كذا فى الإيضاح لابن كمال معزيا إلى الهداية ، والذى فى الهداية هو ماسمعته ، وهو محتمل أن يكون المراد به الفعل أى التغدى وأن يكون المراد به الطعام الذى هو حقيقة الغداء بالدال المهملة والظاهر الأول ، وأن قول الهداية فينصرف إلى الغداء الخ على حذف مضاف أى إلى أكل الغداء أو أنه أطلق الغداء على التغدى تساهلا بدليل قوله فى الباب الآتى الغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر قال فى الفتح هناك وهذا تساهل معروف المعنى فلا يعترض به اه ويلزم على مافهمه ابن كمال أنه لو أكل ذلك الطعام فى بيته وحده يحنث ، وليس كذلك لأن المحلوف عليه هو التغدى مع الطالب ، لأنه هو المدعو إليه وليس فى كلام الطالب ولا فى كلام الحالف تعيين طعام ، بل لو دعاه إلى الغداء معه قبل حضور طعام أصلا فالظاهر أن الحكم كذلك بدليل تعليلهم بأن الجواب ينطبق على السؤال . نعم لو قال الطالب تغد معى هذا الطعام تقيد به أما بدون ذلك فلا . والذى يظهر لى أن هذا الفهم الذى فهمه ابن كمال غير صحيح ، ولم أر من سبقه إليه وإن عول الشارح عليه تأمل (قوله اليوم أو معك) مفعول ضم أى بأن قال إن تغديت اليوم أو قال إن تغديت معك حنث

فعبدى حر (حنث بمطلق التغدى) لزيادته على الجواب فجعل مبتدئا. وفي طلاق الأشباه إن للتراخى إلا بقرينة الفور ومنه طلب جماعها فأبت فقال : إن لم تدخلى معى البيت فدخلت بعد سكون شهوته حنث. وفى البحر عن المحيط

بمطلق التغدى. واعترض ح قوله : أو معك بأنه لم يزد على السؤال لأن السؤال فيه لفظة مع ، فالصواب أن يقول تغد عندى كما قال فى الكنز اه .

قلت : لكن فى الذخيرة قال له تغد معى فقال : والله لاأتغدى فذهب إلى بيته وتغدى مع أهله لايحنث . ووجه ذلك أن يمينه عقدت على غداء معين ، وهو الذى دعاه إليه لأن قوله والله لاأتغدى خرج جوابا لسؤال المخاطب وأمكن جعله جوابا لأنه لم يزد على حرف الجواب ، فيجعل جوابا والجواب يتضمن إعادة مافى السؤال والسؤال وقع على غدا بعينه بدلالة قوله : تغد معى أى هذا الغداء ، فيجعل ذلك كالمصرح به فى السؤال كأنه قال تغد معى هذا الغداء والجواب يتضمن إعادة ما فى السؤال ، بخلاف مالو قال والله لاأتغدى معك لأنه زاد على حرف الجواب ، ومع الزيادة عليه لايمكن أن يجعل جوابا فجعل ابتداء ولاقيد فيه اه ، ومثله فى التاترخانية عن السراجية ، فعلم أن قوله إن تغديت معك زيادة على الجواب وإن كان لفظ مع مذكور فى كلام الطالب للاستغناء عنه ولعمومه المدعو إليه وغيره أى التغذى معه فى ذلك اليوم وغيره ، لكن لايخلو عن نظر فالظاهر ماقاله ح فتدبر ، ثم فى هذه العبارة إطلاق الغداء على التغدى كما وقع فى عبارة الهداية تساهلا (قوله حنث بمطلق التغدى) الإطلاق بالنظر لليوم معناه ، سواء تغذى معه أو فى بيته مثلا فى ذلك اليوم وبالنظر إلى قوله معى تغديه معه ولو فى غير هذا الوقت ولايحنث إن تغدى مع غيره ولو فى الوقت الذى حلف فيه ط (قوله فجعل مبتدئا) لكن لو نوى الجواب دون الابتداء صدق ديانة ، لأن احتمال كونه جوابا قائم لاقضاء لمخالفته الظاهر فيما فيه تخفيف عليه ، ولو قال إن تغديت ونوى مابين الفور والأبد كاليوم أو الغد لم يصدق أصلا لأن النية إنما تعمل فى الملفوظ والحال لاتدل عليه فانتفى دلالة الحال ، ودلالة المقال كما لو حلف لايتزوج النساء ونوى عددا أولا يأكل طعاما ونوى لقمة أولقمتين لم يصح كذا فى شرح تلخيص الجامع (قوله إن للتراخى الخ) احترز بها عن إذا فانها للفور ففى الخانية إذا فعلت كذا فلم أفعل كذا قال أبو حنيفة إذا لم يفعل على أثر الفعل المحلوف عليه حنث ، ولو قال إن فعلت كذا فلم أفعل كذا فهو على الأبد وقال أبو يوسف على الفور أيضا اه ومعنى كون إن للتراخى أنها تكون للتراخى وغيره عند عدم قرينة الفور ، والمراد فعل الشرط الذى دخلت عليه ، وما رتب عليه فاذا قال لها إن خرجت فكذا وخرجت فورا أو بعد يوم مثلا حنث إلا لقرينة الفور ، فيتقيد به كما مر ومنه مامثل به وكذا مافى الخانية إن دخلت دارك فلم أجلس فهو على الفور اه أى الجلوس على فور الدخول ، وفيها أيضا إن بعثت إليك فلم تأتنى فعبدى حر ، فبعث إليه فأتاه ثم بعث إليه ثانيا فلم يأته حنث ولا يبطل اليمين بالبر حتى يحنث مرة فحينئذ يبطل اليمين اه .

مطلب إن ضربتنى ولم أضربك

وفى الذخيرة إن ضربتنى ولم أضربك فهذا على الماضى عندنا كأنه قال ولم أكن ضربتك قبل ضربك إياى وإن نوى بعد صح أى إن ضربتنى ابتداء ولم أضربك بعده ، ويكون على الفور .

والحاصل : أن كلمة ولم تقع على الأبد كإن أتيتنى ولم آتك إن زرتنى ولم أزرك وقد تقع على الفور والمعتبر فى ذلك معانى كلام الناس وكذلك تقع على قبل وعلى بعد كما مر وفى إن كلمتنى ولم أجبك على بعد لأن الجواب لايتقدم ، وعلى الفور أيضا باعتبار العادة اه ملخصا (قوله حنث) قال فى الاختيار لأن مقصوده الدخول لقضاء الشهوة وقد فات فصار شرط الحنث عدم الدخول لقضاء الشهوة وقد وجد اه (قوله وفى البحر عن المحيط)

طول التشاجر لايقطع الفور ، وكذا لو خافت فوت الصلاة فصلت أو اشتغلت بالوضوء لصلاة المكتوبة أو اشتغلت بالصلاة المكتوبة لأنه عذر شرعا وكذا عرفا (مركب العبد المأذون) والمكاتب (ليس لمولاه فى حق اليمين إلا) بشرطين (إذا لم يكن دينه مستغرقا و) قد (نواه) فحينئذ يحنث (حلف لايركب فاليمين على ماركبه الناس) عرفا من فرس وحمار (فلو ركب ظهر إنسان) أو بعيرا أو بقرة أو فيلا (لايحنث) استحسانا إلا بالنية ظهيرية .

عبارته إذا قال لامرأته إذا لم تجيئى إلى الفراش هذه الساعة فأنت طالق وهما فى التشاجر فطال بينهما كان على الفور حتى لو ذهبت إلى الفراش لايحنث اه وظاهره ولوكان بعد سكون شهوته فيقيد به ماقبله لكنه خلاف مايفهم مما نقلناه عن الاختيار فينبغى تقييد هذا بما إذا لم تسكن شهوته فتأمل (قوله وكذا الخ) وكذا لو أخذها البول فبالت كما قدمناه وقيل الصلاة تقطع الفور لأنها عمل آخر والفتوى على الأول كما فى البحر (قوله واشتغلت بالصلاة المكتوبة) أى إذا خافت فوتها كما يعلم مما قبله ، وهذا تكرار إلا أن يحمل على ما إذا كان الحلف وهى تصلى تأمل: قال فى البحر : ولو اشتغلت بالتطوع أو بالوضوء أو أكلت أو شربت حنث لأن هذا ليس بعذر شرعا اه .

مطلب لايركب دابة فلان

(قوله مركب العبد المأذون الخ) يعنى لوحلف لايركب دابة فلان فركب دابة عبده فإنه يحنث بشرطين: الأول أن ينويها . الثانى: أن لايكون عليه دين مستغرق ، أما إذا كان عليه دين مستغرق لايحنث وإن نوى لأنه لاملك للمولى فيه عند أبى حنيفة ، وإن كان الدين غير مستغرق أولم يكن عليه دين لايحنث مالم ينوه لأن الملك فيه للمولى لكنه يضاف للعبد عرفا وكذا شرعا قال صلى الله عليه وسلم «من باع عبدا وله مال» الحديث فتختل الإضافة إلى المولى فلابد من النية: وقال أبو يوسف فى الوجوه كلها يحنث وإن لم ينو لاعتبار حقيقة الملك إذالدين لايمنع وقوعه للسيد عندهما هداية :

قلت : وبه ظهر أن التقييد بالمأذون لأنه محل الخلاف فيحنث فى غير المأذون إذا نواه بالأولى اتفاقا (قوله والمكاتب) لم أر من ذكره هنا ، ولايتأتى فيه هذا التفصيل وإنما قال فى البحر عن المحيط ولو ركب دابة مكاتبه لايحنث لأن ملكه ليس بمضاف إلى المولى لاذاتا ولا يدا اه ومقتضاه أنه لايحنث وإن نواه اتفاقا لأن دابته ملك له لا لمولاه ولذا يضمنها المولى بالإتلاف ، سواء كان عليه دين أولا فتدبر. ثم رأيت القهستانى قال : والإضافة إلى المأذون تشير إلى أنه لو ركب مركب المكاتب لم يحنث (قوله لايحنث استحسانا) أى وإن كان اسم الدابة لما يدب على الأرض إذا قال دابة فلان لأن العرف خصصه بالركوب المعتاد والمعتاد هو الحمار والبغل والفرس ، فيقيد به وإن كان الجمل مما يركب أيضا فى الأسفار وبعض الأوقات فلا يحنث بالجمل إلا إذا نواه ، وكذا الفيل والبقر إذا نواه حنث وإلا لا ، وينبغى إن كان الحالف من البدو أن ينعقد على الجمل أيضا بلا نية ، لأن ركوبه معتاد لهم ، وكذا إن كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال دخل فى يمينه بلا نية ، وإذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الأنواع الثلاثة ، فلو نوى بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلا لايصدق ديانة ولا قضاء ، لأن نية الخصوص لاتصح فى غير اللفظ ، وسيأتى تمامه فى الفصل الآتى كذا فى الفتح :

قلت : أى لأن المحمول على العرف هو لفظ أركب لالفظ دابة فإن لفظ دابة يشمل الكل عرفا ولغة وإنما خصص العرف لفظ أركب بهذه الأنواع الثلاثة ، فلو نوى بعضها لم يصح لأنه تخصيص الفعل ولا عموم له وسيأتى تمامه ثم حيث كان المدار على العرف المعتاد ، فينبغى أن الحالف لو كان ليس ممن يركب الحمار أن لايحنث

قلت : وينبغي حنثه بالبعير في مصر والشام وبالفيل في الهند للتعارف قاله المصنف ، ولو حمل على الدابة مكرها فلا حنث كحلفه لايركب فرسا فركب برذونا أو بعكسه لأن الفرس اسم للعربي والبرذون اسم للعجمي ، والخيل يعم هذا لو يمينه بالعربية ، ولو بالفارسية حنث بكل حال ، ولو حلف لايركب أو لايركب مركبا حنث بكل مركب سفينة أو محملا أو دابة سوى الآدمي ، وسيجيء مالو حلف لايركب حيوانا أو دابة .

باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام

(ثم الأكل إيصال مايحتمل المضغ بفيه إلى الجوف) كخبز وفاكهة (مضغ أولا) أي وإن ابتلعه بغير مضغ (والشرب إيصال مالايحتمل الأكل من المائعات إلى الجوف) كماء وعسل ، ففي حلفه لايأكل بيضة حنث ببلعها

بالحمار وأنه لو كان الحالف مسافرا أن يحنث بالجمل بلا نية (قوله وينبغي حنثه بالبعير الخ) أي إذا كان ممن يركب البعير كالمسافر والجمال وأهل البدو كما عرف مما نقلناه عن الفتح (قوله ولو حمل الخ) أما لو أكره على الركوب فركب حنث ط (قوله ولو حلف لايركب أو لايركب مركبا) كذا في بعض النسخ ومثله في البحر عن الظهيرية وكذا في الخانية وهو المخالف لقول المصنف المار قريبا فاليمين على مايركبه الناس ، نعم في بعض حلف لايركب مركبا ومثله في النهر ، وفي التاترخانية حلف لايركب مركبا فركب سفينة قال الحسن في المجرد لايحنث وعليه الفتوى اهـ لكن العرف الآن المركب خاص بالسفينة فينبغي أن لايحنث بغيرها (قوله وسيجيء) أي قريبا في الباب الآتي ، والله سبحانه أعلم .

باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام

لم يذكر مسائل اللبس هنا بل ذكرها في باب اليمين بالبيع والشراء فكان المناسب إسقاط اللبس من هذه الترجمة وذكره هناك (قوله ثم الأكل) ترتيب إخباري ط (قوله إلى الجوف) متعلق بإيصال ، فلو حلف لايأكل كذا أو لايشرب فأدخله في فيه ومضغه ثم ألقاه لايحنث حتى يدخله في جوفه لأنه بدون ذلك لايكون أكلا بل يكون ذوقا ط عن البحر (قوله كماء وعسل) أي غير جامد وإلا فهو مأكول تأمل ثم إن المائع الذي لايحتمل المضغ إنما يسمى مشروبا إذا تناوله وحده وإلا فهو مأكول وكذا عكسه . ففي البحر عن البدائع لو حلف لايأكل هذا اللبن فأكله بخبز أو تمر أو لايأكل هذا العسل أو الخل فأكله بخبز يحنث لأنه هكذا يكون ولو أكله بانفراده لايحنث ، لأنه شرب لا أكل وكذلك إن حلف لايأكل هذا الخبز فجففه ثم دقه وصب عليه الماء فشربه لايحنث لأنه شرب لا أكل اهـ وفي الفتح حلف لايأكل لبنا فشربه لايحنث ولو ثرد فيه فأوصله إلى جوفه حنث اهـ وقوله ثرد فيه بالثاء المثلثة أي فت الخبز فيه . وفي الخانية حلف لايأكل اللبن فطبخ به أرزا فأكله قال أبوبكر البلخي لايحنث وإن لم يجعل فيه ماء وإن كان يرى عينه ، وكذا لو جعله جبنا إلا أن ينوي أكل مايتخذ منه . حلف لايأكل السمن فأكل سويقا ملتوتا بالسمن ذكر في الأصل إن كان السمن مستبينا يجد طعمه حنث لأنه ليس بمستهلك ، وذكر الحاكم في المختصر إن كان بحيث لو عصر سال منه السمن حنث وإلا لا وإن وجد طعمه قال أي قاضيخان : وينبغي أن يكون الجواب في مسألة الأرز على هذا التفصيل اهـ .

قلت : والحاصل أنه إذا حلف لا يأكل مائعا كلبن وسمن وخل فإن شربه لايحنث وإن تناوله مع غيره ولم يستهلك كأكله بخبز أو تمر حنث ، وإن استهلك بأن لايجد طعمه أو بأن لاينعصر على الخلاف في تفسيره لم يحنث قال السائحاني وقول الحاكم أرفق ولذا مشت عليه الشروح اهـ وأما لو خلط مأكولا بمأكول آخر فيأتي بيانه في الفروع الآتية في أثناء الباب (قوله ففي حلفه الخ) تفريع على تعريف الأكل ط (قوله حنث ببلعها) أي مع قشرها أو بدونه

وفى لايأكل عنبا مثلا لايحنث بمصه لأن المص نوع ثالث ، ولو عصره وأكل قشره حنث بدائع لكن فى تهذيب القلانسى حلف لايأكل سكرا لايحنث بمصه وفى عرفنا يحنث ، وأما الذوق فعمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل إلى

إذا كانت مسلوقة (قوله وفى لايأكل عنبا الخ) قال فى الفتح : ولو حلف لايأكل عنبا أو رمانا فجعل يمتصه ويرمى تفله(١) ويبتلع المتحصل بالمص لايحنث لأن هذا ليس أكلا ولا شربا بل مص اه ومثله فى البحر عن البدائع :

قلت : لكن يصدق عليه تعريف الشرب المذكور وهو إيصال ما لايحتمل المضغ من المائعات إلى الجوف إلا أن يكون المراد المائع وقت إدخاله الفم ، وعليه فالمراد بالمص استخراج مائية الجامد بالفم وإيصالها إلى الجوف : ومقتضاه أنه لو حلف لايمص شيئا لايحنث بشرب المائع مع أن السنة فى شرب الماء المص ، فعلم أن المص أعم من الشرب من وجه ، فيجتمعان فيما إذا أخذ الماء بفيه مع ضيق الشفتين ، وينفرد الشرب بالعب والمص باستجلاب مائية الجامد بالفم ، حتى لو عصر الفاكهة وشرب ماءها عبا يحنث فى حلفه لايشرب لافى حلفه لايمص ، ولو شربه مصا حنث فيهما هذا ماظهر لى (قوله لأن المص نوع ثالث) أى فى بعض الأوجه كما فى الصورة المذكورة وإلا فقد يكون شربا كما علمته (قوله وأكل قشره) أى ولم يشرب ماءه لأن ذهاب الماء لايخرجه من أن يكون أكلا له ألا ترى أنه إذا مضغه وابتلع الماء أنه لايكون آكلا له بابتلاع الماء فدل أن أكل العنب هو أكل القشر والحصرم منه وقد وجد فيحنث بحر عن البدائع وفيه نظر كما فى الذخيرة(٢) :

وحاصله أنه ذكر فى العيون أنه إذا ابتلع ماءه فقط لم يحنث ولو ابتلع الحب أيضا دون القشر يحنث وعلله الصدر الشهيد بأن العنب اسم لهذه الثلاثة ففى الأول أكل الأقل وفى الثانى الأكثر وله حكم الكل (قوله لايحنث بمصه) لأنه ليس بأكل فقد وصل إلى جوفه مالا يتأتى فيه المضغ ذخيرة (قوله وفى عرفنا يحنث) من تتمة كلام القلانسى وهو محط الاستدراك اه ح أى لأنه يؤكل بالمضغ وبالمص عادة ، وكذا العنب والرمان (قوله وأما الذوق فعمل الفم الخ) هذا هو الحق على مافى الفتح خلافا لما فى النظم من أنه عمل الشفاه دون الحلق فإنه يدل على أن عدم الوصول إلى الجوف مأخوذ فى مفهوم الذوق :

قلت : لكنه موافق لما فى الفتح من رواية هشام : حلف لايذوق فيمينه على الذوق حقيقة ، وهو أن لايوصل إلى جوفه إلا أن يتقدمه كلام يدل عليه نحو أن يقال تغد معى فحلف لا يذوق معه طعاما فهذا على الأكل والشرب اه :

مطلب فى الفرق بين الأكل والشرب والذوق

(قوله فكل أكل وشرب ذوق ولا عكس) أى وليس كل ذوق أكلا أو شربا بناء على أن الذوق أعم مطلقا لأنه لايشترط فيه الوصول إلى الجوف بل يصدق بدونه بخلافهما ، فإذا أكل أو أشرب يحنث فى حلفه لا يذوق وإذا حلف لايأكل أو لايشرب فذاق بلا إيصال إلى الجوف لم يحنث ، لكن فيه أنه قد يتحقق الأكل بلا ذوق كما لو ابتلع مايتوقف معرفة طعمه على المضغ كبيضة أو لوزة وعليه فبين الأكل والذوق عموم وجهى وعن هذا

---

(١) (قوله تفله) هكذا بخطه بالمثناة الفوقية والذى فى القاموس والمصباح بالثاء المثلثة اه مصححه .

(٢) قوله كما فى الذخيرة حيث قال وإنه مشكل لأن العنب اسم للكل وكذلك الرمانة فإذا أكل البسر والحصرم فقد أكل بعض ماعقد عليه اليمين ، فلا يحنث وذكر المسألة فى العيون فى صورة أخرى فقال إذا رمى قشره وحبه وابتلع ماءه لم يحنث ولو ابتلع ماءه وحبه فقط حنث ، وعلله الصدر الشهيد بأن العنب اسم لهذه الثلاثة ففى الوجه الأول أكل الأقل فلا يصير آكلا وفى الثانى أكل الأكثر وله حكم الكل فى كثير من الأحكام اه ملخصا اه منه .

الجوف أم لا فكل أكل وشرب ذوق ولا عكس، ولو تمضمض للصلاة لايحنث ولو عنى بالذوق الأكل لم يصدق إلا لدليل (حلف لا يأكل من هذه النخلة) أو الكرمة (تقيد حنثه بأكله من ثمرها) بالمثلثة أى مايخرج منها بلا تغير بصنعة جديدة فيحنث بالعصير لابالدبس المطبوخ ، ولا بوصل غصن منها بشجرة أخرى (وإن لم يكن)

قال فى الفتح : إن قول المحيط لو حلف لايذوق فأكل أو شرب يحنث يغلب على الظن أن المراد به الأكل المقترن بالمضغ أو بلع مايدرك طعمه بلا مضغ لأنا نقطع بأن من ابتلع قلب لوزة لايقال فيه ذاقها ولا يحنث ببلعها اه .

قلت : وعلى ما مر عن النظم فبينهما التباين كما بين الأكل والشرب فلا يحنث الحالف على واحد من الثلاثة بفعل الآخر (قوله لايحنث) أى فى حلفه لايذوق الماء كما فى الجوهرة لأنه لايقصد به ذوق الماء بل إقامة القربة ولذا كره الذوق للصائم دون المضمضة (قوله لم يصدق إلا لدليل) أى كقول القائل له تغد معى كما مر وكذا العرف الآن لو قال ابتداء لا أذوق فى بيت زيد طعاما فإنه يراد به الأكل .

مطلب حلف لا يأكل من هذه النخلة

مطلب إذا تعذرت الحقيقة أو وجد عرف بخلافها تركت

(قوله حلف لا يأكل من هذه النخلة الخ) الأصل فى جنس هذه المسائل أن العمل بالحقيقة عند الإمكان، فإن تعذر أو وجد عرف بخلاف الحقيقة تركت ، فإذا عقد يمينه على ماهو مأكول بعينه انصرفت إلى العين لإمكان العمل بالحقيقة ، وإذا عقدها على ماليس مأكولا بعينه أو هو مأكول إلا أنه لاتؤكل عينه عادة انصرفت إلى مايتخذ منه مجازا لأن العمل بالحقيقة غير ممكن ، فإذا حلف لا يأكل من هذه الشاة شيئا فأكل من لبنها أو سمنها لا يحنث لأن عين الشاة مأكولة فينصرف إلى عينها لامايتولد منها وكذا العنب ، فلا يحنث بزبيبه وعصيره ، وفى النخلة يحنث بتمرها وطلعها لأن عينها غير مأكولة ، وفى الدقيق يحنث بخبزه لأن الدقيق وإن كان يؤكل إلا أنه لايؤكل كذلك عادة وتمامه فى الذخيرة (قوله أو الكرمة) شجرة العنب ولم أرها بالتاء فلتراجع (قوله بالمثلثة) لأن المراد مايتولد منها سواء كان تمرا بالمثناة أو غيره كالجمار ، وهو شىء أبيض لين فى رأس النخلة ولأن النخلة مثال والمراد مايعمها وغيرها مما لا تؤكل عينه (قوله فيحنث بالعصير) استشكل بأن اليمين على الأكل والعصير مما لايؤكل . وأجيب بأن الأكل هنا مجاز عن التناول ، فالمراد لا أتناول منها شيئا ط .

قلت : مقتضى الجواب أنه يحنث بشرب العصير ويحتاج إلى نقل فإن كلامهم يصح بدون هذا التأويل . فقد ذكرنا عن البحر لو حلف لايأكل هذا اللبن أو العسل أو الخل فأكله بخبز يحنث لأن أكله هكذا يكون ، وكذا لو ثرد فى اللبن . وفى البزازية لا يأكل طعاما ينصرف إلى كل مأكول مطعوم حتى لو أكل الخل يحنث اه فقد صح أكل مايشرب فكذا يقال هنا فتأمل (قوله لابالدبس المطبوخ) وكذا النبيذ والناطف والخل لأنه مضاف إلى فعل حادث ، فلم يبق مضافا إلى الشجرة بحر ، ولذا عطف عليه فى قوله تعالى — ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم — فتح . واحترز بالمطبوخ عما يسيل من الرطب فإنه يحنث بأكله كما فى الذخيرة .

مطلب فيما لو وصل غصن شجرة بأخرى

(قوله ولا بوصل الخ) يعنى إذا قطع غصنا من الشجرة المحلوف عليها ووصله بشجرة أخرى وأكل من الثمر الخارج منه لايحنث اه ح . وقال بعضهم : يحنث فتح وبحر ولعل وجه الأول أن الغصن صار جزءا من الثانية ولا يسمى فى العرف أكلا من الأولى ، ومقتضى الإطلاق أنه لا فرق بين كون الشجرتين من نوع واحد أو من نوعين ،

للشجرة ثمرة (تنصرف) يمينه (إلى ثمنها فيحنث إذا اشترى به مأكولا وأكله ، ولو أكل من عين النخلة لايحنث) وإن نواها لأن الحقيقة مهجورة ولوالجية. وفي المحيط لونوى أكل عينها لم يحنث بأكل مايخرج منها لأنه نوى حقيقة كلامه قال المصنف تبعا لشيخه وينبغي أن لايصدق قضاء لتعين المجاز .

زاد في النهر فإن قلت : ورق الكرم مما يؤكل عرفا فينبغي صرف اليمين لعينه .

قلت : أهل العرف إنما يأكلونه مطبوخا (وفي الشاة يحنث باللحم خاصة) لاباللبن لأنها مأكولة فتنعقد اليمين عليها (ولا يحنث في) حلفه (لايأكل من هذا البسر أو الرطب أو اللبن بأكل رطبه وتمره وشيرازه) لأن هذه صفات داعية إلى اليمين فتتقيد بها (بخلاف لايكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه

ونقل في الذخيرة المسألة مطلقة كما مر ثم صوّرها بما إذا حلف لايأكل من شجرة التفاح ،فوصل بها غصن شجرة الكمثرى قال : فإن سماها باسمها مع الإشارة بأن قال لا آكل من هذه الشجرة التفاح لم يحنث ، وإن لم يسمها بل قال من هذه الشجرة حنث ، ثم نقل عن بعضهم أن الرواية هكذا .

قلت : ويمكن التوفيق بين القولين بحمل الحنث على ما إذا اختلف النوع ، وسمى الشجرة باسمها ثم أكل مما سمى والقول بعدم الحنث على ماإذا اتحد النوع أو اختلف ولم يسم ،والله تعالى أعلم (قوله فيحنث إذا اشترى به مأكولا وأكله) لفظة وأكله زادها في البحر على مافي الفتح. قال في الشرنبلالية :وقد يقال يراد بالأكل الإنفاق في أي شيء فيحنث به إذا نوى فلينظر اه .

قلت : إذا نوى ذلك لاكلام ، أما إذا لم ينو فالظاهر تقييده بالأكل حقيقة ،حتى لو اشترى به مشروبا وشربه لايحنث إلا إذا أكله مع غيره عملا بحقيقة الكلام مالم يوجد نقل بخلافه فافهم (قوله ولو أكل من عين النخلة لايحنث) هو الصحيح كما في النهر وغيره (قوله مهجورة) صوابه متعذرة كما عبر به في إيضاح الإصلاح. وقال في حاشيته : ومن قال مهجورة لا يفرق بين المتعذر والمهجور . قال صاحب الكشف: المتعذر مالا يوصل إليه إلا بمشقة كأكل النخلة والمهجور مايتيسر إليه الوصول لكن الناس تركوه كوضع القدم اهـ . وقد يقال أراد بالمهجورة الغير المستعملة تجوزا كما تجوّز صاحب الكشف باطلاق المتعذر على المتعسر مع أن المراد مايشمل القسمين ، وحقيقة المتعذر مثل قوله لايأكل من هذا القدر فافهم (قوله لم يحنث بأكل ما يخرج منها) مقتضاه أن نية عينها صحت فهو قول آخر غير مافي الولوالجية كما أفاده في النهر فافهم ولم أر من صحح أحدهما ، وما نقل عن حاشية أبي السعود أنه قال مافي الولوالجية هو الصحيح فهو خلاف الواقع وإنما فيها مانقلناه عن النهر آنفا من تصحيح مافي المتن ثم ذكر بعده عبارة الولوالجية فافهم (قوله لتعين المجاز) ولذا انصرف إليه عند عدم النية فكانت الحقيقة خلاف الظاهر (قوله إنما يأكلونه مطبوخا) أي فلا يحنث بأكله لكونه دخله صنعة جديدة ح (قوله من هذا البسر أو الرطب) النخلة على ست مراتب: أولها طلع وثانيها خلال(١) وثالثها بلح ورابعها بسر وخامسها رطب وسادسها تمر كما يظهر من الصحاح عزمية (قوله بأكل رطبه وتمره وشيرازه) لف ونشر مرتب . قال في المصباح والشيراز مثال دينار اللبن الرائب يستخرج منه ماؤه . وقال بعضهم : لبن يغلى حتى يثخن ثم ينشف ويميل إلى الحموضة اه (قوله لأن هذه صفات الخ) إذ لاخفاء أن صفة البسورة والرطوبة واللبنية مما قد تدعو إلى اليمين

---

(١) (قوله خلال) هكذا بخطه بالخاء المهملة. وعبارة القاموس تفيد أنه بالخاء المعجمة ونصها في فصل الخاء من باب اللام والرطب (أي وتخلل الرطب) طلبه بين خلال السعف وذلك الرطب خلال وخلاله بضمهما وليحرر اه مصححه .

بعد ماشاخ أو لايأكل هذا الحمل) بفتحتين ولد الشاة (فأكله بعد ماصار كبشا) فإنه يحنث لأنها غير داعية والأصل فى أن المحلوف عليه إذاكان بصفة داعية إلى اليمين تقيد به فى المعرف والمنكر فإذا زالت زالت اليمين ومالا يصلح داعية اعتبر فى المنكر دون المعرف ؛

وفى المجتبى حلف لايكلم هذا المجنون فبرأ أو هذا الكافر فأسلم لايحنث لأنها صفة داعية وفى لايكلم رجلا فكلم صبيا حنث وقيل لا كلا يكلم صبيا وكلم بالغا لأنه بعد البلوغ يدعى شاباً وفتى إلى الثلاثين فكهل إلى خمسين فشيخ (أولا يأكل هذا العنب فصار زبيبا) هذا وما بعده معطوف على قوله من هذا البسر مما لايحنث به (أو لايأكل

بحسب الأمزجة ، فإذا زالت زال ماعقدت عليه اليمين فأكله أكل مالم تنعقد عليه اليمين نهر وفتح (قوله بعد ماشاخ) أى صار شيخا وهو فوق الكهل كما يأتى (قوله بفتحتين) أى فتح الحاء المهملة والميم ولد الشاة فى السنة الأولى جمعه حملان كما فى المصباح . (قوله لأنها غير داعية) أى هذه الصفات غير داعية إلى الامتناع ، لأن هجران المسلم يمنع الكلام منهى ، فلا يعتبر مايخال داعيا إلى اليمين من جهل الصبى ، أو الشاب ، وسوء أدبه ؛ وكذا صفة الصغر فى الحمل فإن الممتنع عنه أكثر امتناعا عن لحم الكبش لأن الصغر داع إلى الأكل لا إلى عدمه واعترض بأن الهجران قد يجوز أو يجب إذا كان لله تعالى بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنته أو فساد عرضه بكلامه فإذا حلف لايكلمه علم أنه وجد المسوغ ، فيعتبر الداعى فيتقيد بصباه وشبيبته وبأن الحمل غير محمود لكثرة رطوباته ، حتى قيل فيه النحس بين الجيدين ، وأجاب فى الفتح بأن الاعتراض بذلك ذهول ونسيان عن وضع المسألة وأنها بنيت على العرف ، وأن المتكلم لو أراد ماتصح إرادته من اللفظ لايمنع منه ؛ فالحمل عند العموم غذاء فى غاية الصلاح ، ومايدرك نحسه إلا أفراد عرفوا الطب فوجب تحكيم العرف ، إذا لم ينو ذات الحمل إذ لايحكم على فرد من العموم أنه على خلافهم ، فينصرف حلفه إليهم ، وكذا الصبى لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم ، وفى الشرع : لم يجعل الصبا داعية إلى اليمين فى حق العموم ، وهذا لاينفى كونه حالفا عرفا عدم طيب الحمل ، أو سوء أدب صبى علم أنه لايردعه إلا الهجر ، أو علم أن الكلام معه يضره فى دينه أو عرضه ، فعقد يمينه على مدة الحملية أو الصبا فإنا نصرف يمينه ، حيث صرفها ، وإنما الكلام إذا لم ينو شيئا فيسلك به ماعليه العموم ، أخطؤا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال ، فإنك تدفع به كثيرا من أمثال هذا الغلط المورد على الأئمة اه ملخصا وهو فى غاية الحسن وقد عدل فى الذخيرة عن التعليل بكون الصفة داعية أو غير داعية وقال الصحيح : أنه لايحنث فى الرطب أو العنب إذا صار تمرا أو زبيبا ، لأنه اسم لهذه الذات ، والرطوبة التى فيها فإذا أكله بعد الجفاف ، فقد أكل بعض ماعقد اليمين عليه ، بخلاف الصبى بعد ماشاخ أو الحمل بعد ماصار كبشا فإنه لم ينقص بل زاد والزيادة لا تمنع الحنث ثم قال : فهذا الفرق هو الصحيح وعليه الاعتماد (قوله تقيد به) الأولى بها (قوله فى المعرف والمنكر) مثل لا آكل هذا البسر أولا آكل بسرا (قوله اعتبر فى المنكر) مثل لا آكل حملا أو لا أكلم صبيا ، لأن الكبش لايسمى حملا ، ولا الشيخ صبيا فلم يوجد المحلوف عليه بخلاف المعرف كهذا الحمل أو هذا الصبى ، لأن الصفة الغير الداعية تلغو مع الإشارة فتعتبر الذات المشار إليها وهى باقية بعد زوال الصفة فلا تزول اليمين (قوله فبرأ) فى المصباح برئ من المرض يبرأ من باب تعب ونفع .

مطلب حلف لا يكلم هذا الصبى

(قوله فكلم صبيا حنث) لأن اسم الرجل يتناول الصبى فى اللغة ، كما صرح به ابن الكمال فى تصحيح السراجية ، ولكن فى العرف لايسمى فالحق القول الثانى اهـ ح (قوله يدعى شابا الخ) فى الوجيز لبرهان الدين

هذا اللبن فصار جبنا أو لايأكل من هذه البيضة فأكل فراريجها) كذا فى نسخ الشرح ، وفى نسخ المتن فرخها (أو لايذوق من هذا الخمر فصار خلا أو من زهر هذه الشجرة فأكل بعد ماصار لوزا) أو مشمشا لم يحنث ، بخلاف حلفه لايأكل تمرا ، فأكل حيسا فإنه يحنث ، لأنه تمر مفتت ، وإن ضم إليه شيء من السمن أو غيره بحر وفيه الأصل فيما إذا حلف لايأكل معينا فأكل بعضه أن كل شيء يأكله الرجل فى مجلس أو يشربه فى شربة فالحلف على كله وإلا فعلى بعضه (وكذا) لايحنث (لو حلف لايأكل بسرا فأكل رطبا أو لايأكل عنبا فأكل زبيبا) بخلاف نحو لوز وجوز فإن الاسم يتناول الرطب أيضا (ولو حلف لايأكل رطبا

البخارى حلف لايكلم صبيا أو غلاما ، أو شابا ، أو كهلا فالكلام فى معرفتهم لغة وشرعا وعرفا أما اللغة فقالوا : الصبى يسمى غلاما إلى تسع عشرة ثم شابا إلى أربع وثلاثين ثم كهلا إلى أحد وخمسين ، ثم شيخا إلى آخر عمره : وأما الشرع فالغلام إلى أن يبلغ فيصير شابا وفتى وعن أبى يوسف من ثلاث وثلاثين كهل إلى خمسين فهو شيخ قال القدورى : قال أبو يوسف : الشاب من خمس عشرة إلى خمسين مالم يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلاثين إلى آخر عمره ، والشيخ فيما زاد على الخمسين ، وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلاثين إلى مائة سنة فأكثر والشيخ من أربعين إلى مائة وهنا روايات أخروالمعول عليه مابه الافتاء كذا فى الفتح ملخصا لم يذكر معناها عرفا لأن كل أناس قد علموا مشربهم (قوله فصار جبنا) فيه ثلاث لغات أجودها سكون الباء والثانية ضمها للاتباع ، والثالثة وهى أقلها التثقيل ، ومنهم من يجعلها من ضرورة الشعر مصباح (قوله كذا فى نسخ الشرح) أى شرح المصنف حيث جعلها متنا فى شرحه (قوله لم يحنث) لأن بعضها صفات داعية ، وبعضها انقلبت عينها (قوله فأكل حيسا) فسر الحيس فى البدائع بأنه اسم لتمر ينقع فى اللبن ، ويتشرب فيه اللبن وقيل هو طعام يتخذ من تمر ، ويضم إلى شيء من السمن أو غيره والغالب هو التمر فكان أجزاء التمر بحالها فيبقى الاسم اه بحر (قوله الأصل الخ) قدمنا الكلام عليه قبل قوله كل حل عليه حرام .

[فرع] ذكر فى البحر عن الواقعات إن أكلت هذا الرغيف اليوم فامرأته كذا وإن لم آكله اليوم فأمته حرة فأكل النصف لم يحنث وكذا لو حلف على لقمة فى فيه فأكل بعضها وأخرج البعض لأن شرط الحنث أكل الكل اه ملخصا :

[تنبيه] الأكل والشرب غير قيد ففى البزازية : ضاع مال فى دار فحلف كل واحد أنه لم يأخذه، ولم يخرجه من الدار ، ثم علم أن واحدا أخرجه مع آخر إن كان لايطيق حمله وحده ، حنث لأن إخراجه كذلك يكون وإن أطاقه وحده لايحنث لأنه صادق اه :

قلت : وعليه لو حلف لايحمل هذه الخشبة أو الحجر فهو على هذا التفصيل :

ثم اعلم أن مامر عن الواقعات مشكل جدا كما قال فى الحاوى الزاهدى ، قال : فإنه يجب أن يحنث فى يمين العتق لأنه لم يأكل الرغيف إذ نقول لا واسطة بين النفى والإثبات ، وكل واحد منهما شرط الحنث ، فيحنث فى أحدهما وفى الجامع الأصغر عن أبى القاسم الصفار قال إن شرب فلان هذا الشراب فامرأته طالق وقال الآخر إن لم يشربه فلان فامرأته طالق فشرب فلان مع غيره أو انصب بعضه فى الأرض حنث الثانى دون الأول اه (قوله أن كل شيء) بفتح همزة أن والمصدر المنسبك خبر الأصل (قوله وكذا لايحنث الخ) أشار إلى أنه لافرق بين ذكره معرفا ، وهو مامر أو منكرا لزوال اليمين بزوال الصفة الداعية كما تقدم (قوله فإن الاسم يتناول الرطب أيضا) بسكون الطاء فى الرطب ، وكان المناسب إبداله باليابس لأن وجه المخالفة بين البسر والعنب، وبين الجوز

أو بسرا أو) حلف (لا يأكل رطبا ولا بسرا حنث ب)أكل (المذنب) بكسر النون لأكله المحلوف عليه وزيادة (ولا حنث فى شراء كباسة) بكسر الكاف أى عرجون ويقال عنقود (بسر فيها رطب فى حلفه لا يشترى رطبا) لأن الشراء يقع على الجملة والمغلوب تابع بخلاف حلفه على الأكل لوقوعه شيئا فشيئا (ولا) حنث (فى) حلفه (لا يأكل لحما بأكل) مرقه أو (سمك) إلا إذا نواهما (ولا فى لا يركب دابة فركب كافرا أو لا يجلس على وتد فجلس على جبل) مع تسميتها فى القرآن لحما ودابة وأوتادا للعرف ،

واللوز الحنث فى يابس الأخيرين ، لتناول الاسم له دون الأولين هذا وفى عرف الشام الآن اللوز خاص باليابس أما الرطب فيسمونه عقابية فلا يحنث بها. (قوله أو بسرا) أى أو فحلف لا يأكل بسرا (قوله حنث بأكل المذنب) فى المغرب بسر مذنب بكسر النون أى مع التشديد وقد ذنب إذا بدا الإرطاب من قبل ذنبه ، وهو ماسفل من جانب القمع والعلاقة اه وفى المصباح ذنب الرطب تذنيبا بدا فيه الإرطاب ، والمراد أنه يحنث بأكل البسر المذنب أو الرطب المذنب ، وهو الذى أكثره رطب وشىء قليل منه بسر عكس الأول .

قال فى البحر : وحاصل المسائل أربع وفاقيتان وخلافيتان ، فالوفاقيتان : لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا فيحنث فيهما اتفاقا ، والخلافيتان : لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فيحنث عندهما خلافا لأبى يوسف اه . وفى عامة نسخ الهداية ذكر قول محمد مع أبى يوسف وفى بعضها مع الإمام وهو الموافق لما فى أكثر الكتب المعتبرة كما فى الفتح والزيلعى (قوله لأكله المحلوف عليه زيادة) لأن آكل ذلك الموضع آكل رطب وبسر فيحنث به وإن كان قليلا لأن ذلك القدر كاف للحنث ، ولهذا لو ميزه وأكله يحنث زيلعى وبحث فيه فى الفتح بأن هذا بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف وإلا فالرطب الذى فيه بقعة بسر لا يقال لآكله آكل بسر فى العرف فكان قول أبى يوسف أقعد (قوله لأن الشراء الخ) جواب عما استشهد به أبو يوسف على قوله بعدم الحنث فى المسألة الأولى اعتبارا للغالب كما فى هذه المسألة .

وحاصل الجواب : أن اعتبار الغالب هنا لوقوع الشراء على الجملة أما الأكل فينقضى شيئا فشيئا فيصادف المغلوب وحده ، فلا يتبع الغالب وبحث فيه فى الفتح بأن هذا قاصر على ما إذا فصله فأكله وحده أما لو أكله جملة تحققت التبعية اه . وأشار إلى أن البسر غالب بقرينة الإضافة قال القهستانى : إذ المتبادر من إضافة الكباسة إلى البسر ، وجعلها ظرفا للرطب أن البسر غالب فلو كان الرطب غالبا أو هو والبسر متساويين ينبغى أن يحنث اه .

مطلب حلف لا يأكل لحما

(قوله لا يأكل لحما) تنعقد هذه على لحم الإبل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا أو قديدا ، كما ذكره محمد فى الأصل فهذا من محمد إشارة إلى أنه لا يحنث بالنىء وهو الأظهر وعند أبى الليث يحنث بحر عن الخلاصة وغيرها (قوله بأكل مرقه) قيده فى الفتح بحثا فى فروع ذكرها آخر الأيمان بما إذا لم يجد طعم اللحم أخذا مما فى الخانية لا يأكل مما يجىء به فلان ، فجاء بحمص فأكل من مرقه ، وفيه طعم الحمص يحنث اه . (قوله مع تسميتها فى القرآن لحما) هذا يظهر فى الثلاثة الأخيرة ، وأما المرق ففى الحديث المرق أحد اللحمين ط .

وما فى التبيين من حنثه فى لايركب حيوانا بركوب الإنسان رده فى النهر بأن العرف العملى مخصص عندنا كالعرف القولى (ولحم الإنسان والكبد والكرش) والرئة والقلب والطحال (والخنزير لحم) هذا فى عرف أهل الكوفة أما فى عرفنا فلا كما فى البحر عن الخلاصة وغيرها

مطلب فى اعتبار العرف العملى كالعرف اللفظى

(قوله وما فى التبيين) أى تبيين الكنز للزيلعى حيث قال : وذكر العتابى أنه لايحنث بأكل لحم الخنزير ، والآدمى وقال فى الكافى : وعليه الفتوى فكأنه اعتبر فيه العرف ، ولكن هذا عرف عملى ، فلا يصح مقيدا ، بخلاف العرف اللفظى ، ألا ترى أنه لوحلف لايركب دابة لا يحنث بالركوب على إنسان للعرف اللفظى فإن اللفظ عرفا لايتناول إلا الكراع ، وإن كان فى اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على إنسان لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملى وهو أنه لايركب عادة لايصلح مقيدا اه (قوله رده فى النهر) وكذا قال فى البحر رده فى فتح القدير ، بأنه غير صحيح ، لتصريح أهل الأصول بقولهم الحقيقة تترك بدلالة العادة إذ ليست العادة إلا عرفا عمليا ، ولم يجب أى صاحب الفتح عن الفرق بين الدابة والحيوان ، وهى واردة عليه إن سلمها اه : ولا يخفى أنه لا يسلمها بدليل أنه رد مبناها ، وهو عدم اعتبار العرف العملى ، وعبارة النهر هكذا وفى بحث التخصيص من التحرير مسألة العادة العرف العملى مخصص عند الحنفية خلافا للشافعية ، كحرمت الطعام ، وعادتهم أكل البر انصرف إليه ، وهو الوجه أما بالعرف القولى فاتفاق كالدابة للحمار والدراهم على النقد الغالب ، وفى الحواشى السعدية أن العرف العملى يصلح مقيدا عند بعض مشايخ بلخ لما ذكر فى كتب الأصول فى مسألة إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا اه قال فى النهر : وهذه النقول تؤذن بأنه لا يحنث بركوب الآدمى فى لايركب حيوانا (قوله والكبد) بالرفع وكذا مابعده عطفا على لحم ، وكان الأولى ذكر الخنزير ، عقب الإنسان كما فعل فى الكنز ليكون مجرورا عطفا على الإنسان بإضافة لحم إليهما لأنهما أعم ، فتكون من إضافة الجزء إلى الكل بخلاف الكبد ، وما بعده ، فإن اللحم ليس جزءا منه بل هو عينه ، فلذا قلنا إنه بالرفع عطفا على المضاف ، وإن صح جره عطفا على المضاف إليه على جعل الإضافة فيه بيانية لكن يلزم عليه اختلاف الإضافتين فى لفظ واحد ، وفى القهستانى الكبد بفتح الكاف وكسرها مع سكون الباء والكرش بفتح الكاف وكسر الراء وسكونها (قوله والرئة) بالهمزة ، ويجوز قلبها ياء السحر مصباح وفيه السحر وزان فلس ، وسبب وقفل هو الرئة وقيل : ما لصق بالحلقوم والمرىء من أعلى البطن وقيل كل ما تعلق بالحلقوم من كبد وقلب ورئة (قوله لحم) خبر المبتدأ وما عطف عليه أى هذه المذكورات داخلة فى مسمى اللحم (قوله هذا الخ) الإشارة إلى الكبد والأربعة التى بعده ، وعبارة البحر وفى الخلاصة : لو حلف لايأكل لحما فأكل شيئا من البطون كالكبد والطحال يحنث فى عرف أهل الكوفة ، وفى عرفنا لايحنث ، وهكذا فى المحيط والمجتبى ، ولايخفى أنه لايسمى لحما فى عرف أهل مصر أيضا فعلم أن مافى المختصر أى الكنز مبنى على عرف أهل الكوفة ، وأن ذلك يختلف باختلاف العرف اه كلام البحر .

قلت ، وأما لحم الإنسان ولحم الخنزير فهو لحم حقيقة لغة وعرفا ، فلذا مشى المصنف كغيره على أنه يحنث به لكن يرد عليه كما أفاده فى الفتح أن لفظ آكل لاينصرف إليه عرفا وإن كان فى العرف يسمى لحما كما مر فى لايركب دابة فلان فإن العرف اعتبر فى ركب والمتبادر منه ركوب الأنواع الثلاثة وهى الحمار والبغل والفرس ، وإن كان لفظ دابة فى العرف يشمل غيرها أيضا كالبقر والإبل ، فقد تقيد الركوب المحلوف عليه بالعرف ،

ومنه علم أن العجمى يعتبر عرفه قطعا ، وفى الخانية : الرأس والأكارع لحم فى يمين الأكل لافى يمين الشراء ، وفى لايأكل من هذا الحمار يقع على كرائه ، ومن هذا الكلب لايقع على صيده ولايعم البقر الجاموس، ولايحنث بأكل النىء هو الأصح (ولا) يحنث (بشحم الظهر) وهو اللحم السمين (فى) حلفه (لايأكل شحما) خلافا لهما بل بشحم البطن والأمعاء اتفاقا لابما فى العظم اتفاقا فتح (واليمين على شراء الشحم) وبيعه (كهى على أكله) حكما وخلافا زيلعى (ولا) يحنث (بألية فى)

ولذا نقل العتابى خلاف ماهنا فقال قيل: الحالف إذا كان مسلما ينبغى أن لايحنث ، لأن أكله ليس بمتعارف ، ومبنى الأيمان على العرف قال : وهو الصحيح وفى الكافى وعليه الفتوى هذا خلاصة ماحققه فى الفتح ، وهو حسن جدا ويؤيده ماقدمناه ، ويأتى أيضا من أنه لايحنث باللحم النىء كما أشار إليه محمد ، وهو الأظهر قال فى الذخيرة : لأنه عقد يمينه على مايؤكل عادة فينصرف إلى المعتاد ، وهو الأكل بعد الطبخ اه مع أنه لاشك فى أن النىء لحم حقيقة فعلم أن الملحوظ إليه فى العرف هو الأكل لالفظ لحم (قوله ومنه علم) أى من قولهم أما فى عرفنا فإن المراد عرف بلادهم ، وهى من العجم فافهم . ثم إن التنبيه على هذا ليس فيه كبير فائدة لأن قولهم باعتبار العرف فى الأيمان ليس المراد به عرف العرب ، بل أى عرف كان فى أى بلد كان كما سيأتى عند قوله الخبز ما اعتاده أهل بلد الحالف ، وفى البحر عن المحيط وفى الأيمان يعتبر العرف فى كل موضع حتى قالوا لو كان الحالف خوارزميا فأكل لحم السمك يحنث لأنهم يسمونه لحما (قوله لحم فى يمين الأكل لافى يمين الشراء) وجعل فى الشافى الأكل والشراء واحدا والأول أصح بزازية .

قلت : ولعل وجهه أن الرأس والأكارع مشتملة على اللحم وغيره، لكنها عند الإطلاق لاتسمى لحما ، فإذا حلف لايشترى لحما لايقال فى العرف أنه اشترى لحما بل اشترى رأسا أو أكارع ، أما إذا أكل اللحم الذى فيها فقد أكل لحما ، فيحنث ويشير إلى هذا الفرق مافى الذخيرة ، ولو أكل رؤوس الحيوان يحنث لأن ماعليها لحم حقيقة (قوله لايقع على صيده) وإنما يقع على لحمه وهو القياس فى الحمار إلا أن الحمار لما كان له كراء ويستعملون هذا اللفظ فى الأكل من كرائه حملوه على الكراء وفيما وراءه يبقى على الأصل منح عن جواهر الفتاوى ط (قوله ولايعم البقر الجاموس) أى فلو حلف لايأكل لحم بقر لايحنث بأكل الجاموس ، كعكسه لأن الناس يفرقون بينهما ، وقيل يحنث لأن البقر أعم والصحيح الأول كما فى النهر عن التاترخانية وفيه عن الذخيرة : لايأكل لحم شاة لايحنث بلحم العنز مصريا كان أوقرويا قال الشهيد وعليه الفتوى (قوله ولايحنث بأكل النىء) بالهمز وزان حمل والإبدال والإدغام عامى مصباح أى إبدال الهمزة ياء وإدغامها فى الياء لغة العوام وقدمنا وجه عدم الحنث قريبا (قوله وهو اللحم السمين) كذا فسره فى الهداية والظاهر : أن المراد به اللحم الأبيض المسمى فى العرف دهن البدن ، فإنه يكون فى حالة السمن دون الهزال وقد يراد به شحم الكلية ، لأنها معلقة بالظهر قال فى البحر : قال القاضى الإسبيجابى : إن أريد بشحم الظهر شحم الكلية فقولهما أظهر وإن أريد به شحم اللحم فقوله أظهر اه (قوله بل بشحم البطن) هو ماكان مدوّرا على الكرش وما بين المصارين شحم الأمعاء ط (قوله اتفاقا) رد على صاحب الكافى حيث ذكر الخلاف فى شحم الأمعاء والشحم المختلط بالعظم قال السرخسى : إنه لم يقل أحد بأن مخ العظم شحم اه وكذا لاينبغى خلاف فى الحنث بما على الأمعاء فإنه لايختلف فى تسميته شحما فتح (قوله زيلعى) عبارته لايحنث بأكل شحم الظهر وشرائه وبيعه فى يمينه لايأكل شحما ، ولايشتر به ولايبيعه وهذا عند أبى حنيفة وقالا يحنث (قوله بألية) بفتح الهمزة قال فى المصباح قال ابن السكيت وجماعة ولاتكسر الهمزة ولايقال لية ، والجمع أليات كسجدة وسجدات ، والتثنية أليان بحذف

حلفه (لايأكل) أو لايشترى (شحما أو لحما) لأنها نوع ثالث (ولا) يحنث (بخبز أو دقيق أو سويق فى) حلفه لايأكل (هذا البر إلا بالقضم من عينها) لو مقلية كالبليلة فى عرفنا أما لو قضمها نيئة فلا حنث إلابالنية فتح وفى النهر عن الكشف المسألة على ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يقول هذه الحنطة ويشير لصبرة وهى مسألة المختصر :

الثانية : أن يقول هذه بلا ذكر حنطة فيحنث بأكلها كيف كان ولو نيئة أو خبزا .

الثالثة : أن يقول حنطة فيحنث بأكلها ولو نيئة لابنحو الخبز ولو زرعه

الهاء على خلاف القياس (قوله إلا بالقضم من عينها) أى عين البر وأنث ضميره ، لأنه يسمى حنطة أيضا ، وإلا بمعنى لكن : أى لكنه يحنث بقضمه من قضمت الدابة الشعير تقضمه من باب تعب كسرته بأطراف الأسنان ، ومن باب ضرب لغة مصباح قال فى الفتح : وليس المراد حقيقة القضم بل أن يأكل عينها بأطراف الأسنان أو بسطوحها ، وفى القهستانى فلو ابتلعه صحيحا حنث بالأولى كما فى الكرمانى فإنه احترز بالقضم ، عما يتخذ منه كالخبز والسويق ، فإنه لايحنث به عنده لأن عين الحنطة مأكول وعندهما يحنث .

قلت : ومبنى الخلاف على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده خلافا لهما فإن لفظ أكل الحنطة يستعمل حقيقة فى أكل عينها فإن الناس يقلونها ويأكلونها فهو أولى من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكلت الحنطة أكل خبزها قال فى الفتح : لفظ أكلت حنطة يحتمل أن يراد به كل من المعنيين ، فيترجح قوله لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز ، بل الآن لايتعارف فى أكل الخبز منها إلا لفظ آخر وهو أكلت الخبز ثم قال : وهذا الخلاف إذا حلف على حنطة معينة ، أما لو حلف لايأكل حنطة ينبغى أن يكون قوله كقولهما ذكره شيخ الإسلام ، ولايخفى أنه تحكم والدليل المذكور المتفق على إيراده فى جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها مأكول اهـ (قوله لو مقلية كالبليلة) قال فى الفتح : فإن الناس يغلون الحنطة ويأكلونها وهى التى تسمى فى عرف بلادنا بليلة وتقلى أيضا أى توضع جافة فى القدر ثم تؤكل قضما اهـ وحينئذ فقوله : كالبليلة الكاف فيه للتنظير إن كانت النسخ لو مقلية بالقاف ، أما إذا كانت بالغين المعجمة فهى للتمثيل والبليلة هى المسماة فى عرف بلادنا سليقة لأنها تسلق بالماء المغلى (قوله فلا حنث إلا بالنية) ولو نوى مايتخذ منها صح ولا يحنث بأكل عينها ذخيرة (قوله وهى مسألة المختصر) أى المتن أى أنه يحنث بأكل عينها لو مغلية(١) أو مقلية لا لو نيئة ولا بنحو خبزها .

مطلب لايأكل هذا البر

(قوله فيحنث بأكلها كيف كان) لعل وجهه أنه إذا وجدت الإشارة بدون تسمية تعتبر ذات المشار إليه سواء بقيت على حالها أو حدث لها اسم آخر (قوله فيحنث بأكلها ولو نيئة) أى بخلاف الحنطة المعرفة وهو الوجه الأول فإنه لايحنث بالنىء منها ، وأما عدم الحنث بالخبز ونحوه كالدقيق والسويق ، فقد اشترك فيه المعرفة والنكرة لتقيد الحلف بالاسم فإن الخبز ونحوه لايسمى حنطة على الإطلاق ، بل يقال : خبز حنطة لكن يبقى الكلام فى وجه الفرق بينهما فى النىء حيث دخل فى المنكر دون المعرف ، ولعل وجهه أن حنطة نكرة فى سياق النفى ، فتعم جميع أنواع مسماها بخلاف المعرفة ، فإنها تنصرف إلى المعهودة فى الأكل والنىء غير معهود فيه هذا

---

(١) (قوله لو مغلية) مقتضى عبارته فى هذا المحل أنه اسم مفعول من الثلاثى مع أنه لازم ويتعدى بالهمزة كما فى المصباح فيقال فاسم مفعوله مغلى ومغلاة لامغلى ومغلية اهـ مصححه

لم يحنث بالخارج (وفى هذا الدقيق حنث بما يتخذ منه كالخبز ونحوه) كعصيدة وحلوى (لابسفه) فى الأصح كما مر فى أكل عين النخلة (والخبز ماعتاده أهل بلد الحالف) فالشامى بالبر واليمنى بالذرة والطبرى بخبز الأرز، وبعض أهل القرى بالشعير ، فلو دخل بلدالبر واستمر لايأكل إلا الشعير لم يحنث إلا بالشعير لأن العرف الخاص معتبر فتح (حلف لايأكل من خبز فلانة انصرف إلى) الخابزة (التى تضربه فى التنور لالمن عجنته وهيأته للضرب)

غاية ماظهر لى فى توجيهه لـكن ماذكر من الفرق بينهما مبنى على أن المنظور إليه لفظ حنطة ، أما لو نظرنا إلى لفظ أكلت الحنطة فإنه لايظهر الفرق إذ قولك أكلت حنطة مثله فى أنه يراد به حقيقته أو مجازه المستعمل على الخلاف بين الإمام وصاحبيه ، ويؤيده مامر عن الفتح من رده ماذكره شيخ الإسلام ، وإن كان من جهة أخرى وكذا يؤيده ماقدمناه فى لا أركب دابة فلان ، وفى لا آكل لحما حيث اعتبر لفظ أركب وآكل فصرف إلى المعهود وقيد به لفظ دابة ولفظ لحما بلا فرق بين معرفه ومنكره والله سبحانه أعلم (قوله لم يحنث بالخارج) أى اتفاقا نهر وهذا إذا لم يقل حنطة بالتنكير (قوله بما يتخذ منه) فى النوازل لو اتخذ منه خبيصا أخاف أن يحنث ، وينبغى أن لايتردد فى حنثه إذا أكل منه مايسمى فى ديارنا بالكسكس نهر وهو المسمى فى الشام بالمغربية مثله الشعيرية (قوله فى الأصح) احتراز عما قيل إنه يحنث لأنه حقيقة كلامه قلنا نعم ، ولـكن حقيقة مهجورة ولما تعين المجاز سقطت الحقيقة كقوله لأجنبية إن نكحتك فعبدى حر ، فزنى بها لايحنث لانصراف يمينه إلى العقد فلم يتناول الوطء إلا أن ينويه فتح (قوله كما مر فى أكل عين النخلة) إلا أنه لو نوى أكل عين الدقيق لم يحنث بأكل خبزه لأنه نوى الحقيقة بحر أى بخلاف النخلة بناء على مامر عن الولوا لجية (قوله فالشامى بالبر الخ) هذا حيث لامجاعة وإلا فالظاهر أن المراد مايسمى خبزا فى ذلك الوقت (قوله والطبرى) نسبة إلى طبرستان وهى اسم آمل وأعمالها ، سميت بذلك لأن أهلها كانوا يحاربون بالفأس ومعناها بالفارسية : أخذ الفأس بيده اليمنى والمراد بالفأس الطبر وهو معرب تبر كما فى الفتح .

مطلب لايأكل خبزا

(قوله فلو دخل الخ) عبارة الفتح قال العبد الضعيف : وقد سئلت لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لايأكل إلا الشعير ، فحلف لايأكل خبزا فقلت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير ، لأنه لم ينعقد على عرف الناس إلا إذا كان الحالف يتعاطاه فهو متهم فيه فيصرف كلامه إليه لذلك وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم اه فقول الشارح ، لأن العرف الخاص معتبر ليس لفظه موجودا فى الفتح بل معناه فهم منه فافهم .

وقال المصنف فى منحه قلت : وبهذا ظهر أن قول بعض المحققين أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، ولـكن أفتى كثير باعتباره محله فيما عدا الأيمان أما هى فالعرف الخاص معتبر فيها يعرف ذلك من تتبع كلامهم ومما يدل عليه مافى فتح القدير الخ (قوله انصرف إلى الخابزة الخ) الأوضح أن يقال انصرف إلى ماتضربه فى التنور لاماتعجنه وتهيئه للضرب .

فيكون المعنى : لو قال لا آكل من خبز هند فإن كانت خبزته فى التنور حنث ؛ وإن كانت عجنته وهيأته أى قطعته أقراصا للخبز وخبزه غيرها لايحنث وإلا فبعد التصريح باسمها لايدخل غيرها إلا أن يكون المراد بقوله من خبز فلانة أنه ذكر لفظ فلانة فيكون مشتركا يتناول الخابزة والعاجنة ثم هذا كله لو كان مراده بالإضافة إضافة الصنعة أما لو أراد إضافة الملك فإنه يحنث بالخبز المملوك لها ولو كان العاجن والخابز غيرها كما لايخفى

ظهيرية ومنه الرقاق لا الفطائر والثريد أو بعد مادقه أو فته لأنه لايسمى خبزا وحنث فى لايأكل طعاما من طعام فلان بأكل خله أو زيته أو ملحه ولو بطعام نفسه لالو أخذ من نبيذه أو مائه فأكل به خبزا وفى لايأكل سمنا فأكل سويقا ولا نية له إن بحيث لو عصر سال السمن حنث وإلا لاجوهرة وفى البدائع لايأكل طعاما فاضطر لميتة فأكل لم يحنث (والشواء والطبيخ) يقعان (على اللحم) المشوى والمطبوخ بالماء هذا فى عرفهم أما فى عرفنا فإسم الطبيخ يقع على كل مطبوخ بالماء ولو بودك أو زيت أو سمن كما نقله المصنف عن المجتبى . وفى النهر: الطعام يعم مايؤكل

(قوله ومنه) أى من الخبز الرقاق وينبغى أن يخص ذلك بالرقاق البيسانى بمصر ، أما الرقاق الذى يحشى بالسكر واللوز فلا يدخل تحت اسم الخبز فى عرفنا كما لايخفى بحر .

قلت : وذلك كالذى يعمل منه البقلاوى والسنبوسك وينبغى أيضا أن لايحنث بالكعك والبقسماط لأنه لايسمى خبزا فى العرف (قوله لاالفطائر) الذى فى الفتح والبحر : القطائف وأما الفطائر فالظاهر أنها كذلك فهى اسم عندنا لما يعجن بالسمن ويخبز أقراصا كالخبز ولايسمى خبزا فى العرف وكذا مايوضع فى الصوانى ويخبز ويسمى بغاجه فلا يحنث به وكذا الزلابية (قوله والثريد الخ) فعيل بمعنى مفعول وهو أن تفت الخبز ثم تبله بمرق مصباح قال فى الفتح : ولايحنث بالثريد لأنه لايسمى خبزا مطلقا ، وفى الخلاصة لايأكل من هذا الخبز وأكله بعد ماتفتت لايحنث لأنه لايسمى خبزا ، ولا يحنث بالعصيد والططماج ، ولايحنث لو دقه فشربه وعن أبى حنيفة فى حيلة أكله أن يدقه فيلقيه فى عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا اه ما فى الفتح ومثله فى البحر .

قلت : ومقتضى هذه الرواية أن يحنث لوفته بلا طبخ ، وكذا لو جعله ثريدا لأن قوله حتى يصير الخبز هالكا يقتضى أن بقاء عينه يخرجه عن كونه خبزا وهذا موافق لعرفنا الآن ويؤيده ماقدمه الشارح فى حلفه : لا يأكل تمرا فأكل حيسا فإنه لايحنث ، لأنه تمر مفتت وإن ضم إليه شىء من السمن أو غيره نعم لو دق الخبز وشربه بماء لايحنث لأنه شرب لاأكل وكذا لوحلف لايأكل رغيفا وفت أرغفة وأكل منها لايحنث بخلاف ما إذا فت رغيفا واحدا وأكله كله فإنه يحنث هذا مايقتضيه عرف زماننا والله أعلم .

مطلب لايأكل طعاما

(قوله وحنث فى لايأكل طعاما الخ) الأنسب ذكر هذه المسائل بعد قوله والشواء والطبيخ على اللحم ، كما فعل فى البحر ثم إن ماذكره من الخل والزيت والملح لايسمى فى عرفنا طعاما ، فينبغى الجزم بعدم حنثه به ثم رأيته فى النهر كما يأتى وكذا فى ح حيث قال : هذا فى عرفهم أما فى عرفنا فالطعام كالطبيخ مايطبخ على النار (قوله ولو بطعام نفسه) أى ولو خلط ذلك بطعام نفسه (قوله إن بحيث لو عصر سال السمن) هذا مبنى على مافى مختصر الحاكم واعتبر فى الأصل وجود الطعم كما قدمناه أول الباب (قوله لم يحنث) لأن العرف فى قولنا أكل طعاما ينصرف إلى أكل الطعام المعتاد والتقييد بالإضطرار للحل ، وإلا فلا يحنث بدونه بالأولى (قوله على اللحم المشوى والمطبوخ بالماء) لف ونشر مرتب ، وخرج مايشوى أو يطبخ من غير اللحم قال فى النهر : فلو حلف لايأكل شواء لايحنث بأكل الجزر والباذنجان المشويين ، إلا أن ينوى كل مايشوى وكذا لو حلف لايأكل طبيخا لايحنث ، إلا بأكل اللحم المطبوخ بالماء ، لتعذر التعميم إذ الدواء مما يطبخ ، وكذا الفول اليابس ، فصرف إلى أخص الخصوص ، وهو ماذكرنا عملا بالعرف فيهما وفى عطف الطبيخ على الشواء إيماء إلى تغايرهما وهذا لأن الماء مأخوذ فى مفهوم الطبيخ ، وإلا لكانا سواء ولذا لو أكل قلية لم يحنث لأنها لاتسمى طبيخا

على وجه التطعم كجبن وفاكهة لكن في عرفنا لا (والرأس ما يباع في مصره) أي مصر الحالف اعتبارا للعرف (والفاكهة والتفاح والبطيخ والمشمش) ونحوها (لا العنب والرمان والرطب) خلافا لهما خلاف عصر والعبرة للعرف ، فيحنث بكل ما يعد فاكهة عرفا ذكره الشمني وأقره المصنف

وتمامه فيه . وفي البحر عن الفتح : وإن أكل من مرقة يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولأنه يسمى طبيخا وإن كان لايسمى لحما كما قدمناه اه أي فيما إذا حلف لا يأكل لحما لايحنث بالمرق فإنه لا يسمى لحما ، وإن كان فيه أجزاء اللحم (قوله كجبن) الذي رأيته في النهر خبز (قوله لكن في عرفنا لا) عبارة النهر : وأنت خبير أن الطعام في عرفنا لايطلق على ماذكر ، فينبغي أن يجزم بعدم حنثه به اه . ورأيت بهامش نسخة النهر عن خط بعض العلماء مانصه : الذي رأيته بخط الشارح : وأنت خبير بأنه في عرف أهل مصر مرادف للطبيخ لايطلق على غيره فينبغي أن لايحنث إلا بما يسمى طبيخا اه ثم رأيت في الخانية لايشتري طعاما فاشترى حنطة حنث قال الفقيه أبو بكر البلخي : في عرفنا الحنطة لاتسمى طعاما إنما الطعام هو المطبوخ (قوله ما يباع في مصره) وهو مايكبس في التنور أي يطم ويدخل فيه ، وهذا لأن العموم المتناول للجراد والعصفور غير مراد ، فصرفناه إلى ماتعورف نهر . قال في البحر : وفي زماننا هو خاص بالغنم فوجب على المفتي أن يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما أفاده في المختصر ، وما في التبيين من أن الأصل اعتبار الحقيقة اللغوية إن أمكن العمل بها وإلا فالعرف الخ مردود لأن الاعتبار إنما هو للعرف ، وتقدم أن الفتوى على أنه لايحنث بأكل لحم الخنزير والآدمي ولذا قال في فتح القدير ولو كان هذا الأصل المذكور منظورا إليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع اه وفي البدائع والاعتماد إنما هو على العرف اه (قوله والبطيخ) بكسر الباء ويقال الطبيخ أيضا أخضر كان أو أصفر وذكر السرخسي أن البطيخ ليس من الفاكهة وما هنا رواية القدوري ، ورواه الحاكم الشهيد في المنتقى عن أبي يوسف نهر (قوله والمشمش) بكسر الميمين وفتحهما كما في المختار وبضمهما نقله الأجهوري الشافعي محشي التحرير ط .

مطلب لا يأكل فاكهة

(قوله ونحوها) كالخوخ والسفرجل والإجاص والكمثرى ، فيحنث بأكل هذه الأشياء في حلفه لايأكل الفاكهة لأنها اسم لما يتفكه به أي يتنعم قبل الطعام وبعده زيادة على المعتاد من الغذاء الأصلي . وفي المحيط ما روى أن الجوز واللوز فاكهة في عرفهم ، أما في عرفنا فإنه لا يؤكل للتفكه نهر (قوله خلافا لهما) لأنها مما قد يتغذى بها فسقطت عن كمال التفكه ، فلا يتناولها مطلق الفاكهة ، وأما عندهما فهي فاكهة نظرا للأصل وعليه الفتوى ، ولاخلاف أن اليابس منها كالزبيب والتمر وحب الرمان ليست بفاكهة كما في الكرماني قهستاني ، وكذا لاخلاف في القثاء والخيار والفقوس والعجور .

والحاصل أنه لاخلاف في أن النوع الأول فاكهة كما لاخلاف في أن الأخير ليس بفاكهة وفي الوسط خلاف نهر (قوله خلاف عصر) أي أن الإمام قال إن العنب وأخويه ليس بفاكهة لأنه كان في زمنه لايعد منها وعد منها في زمنهما . ولقائل أن يقول : مبنى هذا الجمع على اعتبار العرف والاستدلال بأنها قد يتغذى بها مبناه اللغة . ويمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما وتمامه في الفتح (قوله فيحنث بكل الخ) صرح بذلك في الذخيرة .

(والحلوى ماليس من جنسه حامض فيحنث بأكل خبيص وعسل وسكر) لكن المرجع فيه إلى عادات الناس، ففي بلادنا لاحنث في فانيذ وعسل وسكر كما نقله المصنف عن الظهيرية (والإدام مايصطبغ به الخبز) إذا اختلط به (كخل وزيت وملح) لذوبه فى الفم (لا اللحم والبيض والجبن . وقال محمد : هو مايؤكل مع الخبز غالبا) به يفتى كما فى البحر عن التهذيب . وفيه : فما يؤكل وحده غالبا كتمر وزبيب وجوز

مطلب حلف لايأكل حلوى

(قوله ماليس من جنسه حامض) كالتين والتمر فإنه ليس من جنسه حامض فخلص معنى الحلاوة فيه فلو أكل عنبا أو بطيخا أو رمانا أو إجاصا لم يحنث لأن من جنسه ماليس بحلو ، وكذا إذا حلف لايأكل حلاوة فهو كالحلوى وتمامه فى البحر (قوله لكن الخ) استدراك على المتن حيث أطلقه مع أن ماذكره تفسيرا للحلوى عندهم وقالوا المرجع فيه إلى العرف .

قال فى البحر : والحاصل أن الحلو والحلوى والحلاوة واحد، وأما فى عرفنا فالحلو اسم للعسل المطبوخ على النار بنشا ونحوه وأما الحلوى والحلاوة فاسم لسكر أوعسل أوماء عنب طبخ وعقد والحلاوة الجوزية والسمسمية اهـ

قلت : وفى زماننا الحلو كل ما يتحلى به من فاكهة وغيرها كتين وعنب وخبيصة وكنافة وقطائف ، وأما الحلاوة والحلوى بالقصر(١) فهى اسم لنوع خاص كالجوزية والسمسمية ممايعقد وكذا مايطبخ من السكر أوالعسل بطحين أو نشا (قوله لاحنث فى فانيذ) فيه نظر . ففى المصباح الفانيذ نوع من الحلوى يعمل من القند والنشا اهـ وفيه أيضا القند مايعمل منه السكر فالسكر من القند كالسمن من الزبد (قوله والإدام مايصطبغ به الخبز) فى المغرب صبغ الثوب يصبغ حسن وصباغ وهو ما يصبغ به ومنه الصبغ والصباغ من الإدام لأن الخبز يغمس فيه ويلون به كالخل والزيت اهـ . وفى المصباح ويختص بكل إدام مائع كالخل ،وفى التنزيل – وصبغ للآكلين – قال الفارابى : واصطبغ بالخل وغيره . وقال بعضهم : واصطبغ من الخل وهو فعل لايتعدى إلى مفعول صريح فلا يقال اصطبغ الخبز بخل اهـ . وفى الفتح والاصطباغ افتعال من الصبغ ،ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعديا لواحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لأنه لايصل إلى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل إذا بنى الفعل له وإنما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبغ به اهـ .

قلت : وبه علم أنه كان على الشارح أن لايذكر لفظ الخبز وإن تبع فيه النهر (قوله لذوبه فى الفم) جواب عما يقال إنه لايصبغ به تأمل (قوله به يفتى) وبه أخذ الفقيه أبو الليث . قال فى الاختيار وهو المختار عملا بالعرف، وفى المحيط: وهو الأظهر .

مطلب حلف لايأكل إداما أو لايأتدم

(قوله وفيه) أى البحر حيث قال : وفى المحيط قال محمد : التمر والجوز ليس بإدام لأنه يفرد بالأكل فى الغالب فكذا العنب والبطيخ والبقل لأنه لايؤكل تبعا للخبز بل يؤكل وحده غالبا وكذا سائر الفواكه ،

---

(١) قوله بالقصر فى القاموس الحلواء ويقصر معروف اهـ .

(فائدة) من نظم سيدى على الأجهورى المالكى قوله :

قدم على الطعام توتا خوخا ... والبطيخا والتين والمشمش
وبعده الإجاص كمثرى رطب ... ومثله الرمان أيضا والعنب
ومعه ألجهار والجميز ... قثا وتفاح كذاك الموز

اهـ منه

وعنب وبطيخ وبقل وسائر الفواكه ليس إداما إلا فى موضع يؤكل تبعا للخبز غالبا اعتبارا للعرف . وفى البدائع: والجوز رطبه فاكهة ويابسه إدام .

[فروع] حلف لا يأكل لحما والآخر بصلا والآخر فلفلا فطبيخ حشو فيه كل ذلك فأكلوا لم يحنثوا إلا صاحب الفلفل لأنه لا يؤكل إلا كذا وهذا إن وجد طعمه ، ويزاد فى الزعفران رؤية عينه ، وفى لا يأكل لبنا فطبخه بأرز أو لا ينظر إلى فلان فنظر إلى يده أو رجله أو أعلى رأسه لم يحنث وإلى رأسه وظهره وبطنه حنث ، وفى المس يحنث بمس اليد والرجل .

عرض عليه اليمين فقال : نعم كان حالفا فى الصحيح كذا فى الصيرفية وغيرها . قال المصنف : هذا هو المشهور

حتى لو كان فى موضع يؤكل تبعا للخبز غالبا يكون إداما عنده اعتبارا للعرف اهـ . وذكر فى البحر أيضا: وإذا أكل الإدام وحده ، فإن كان حلف لا يأكل إداما حنث ، وإن حلف لا يأتدم بإدام لا يحنث فلابد أن يأكل معه الخبز كما أشار إليه فى الكشف الكبير اهـ (قوله وبقل) يعتاد فى زماننا أكل الفقراء الخبز بالبصل والنعنع والطرخون (قوله وفى البدائع الخ) مخالف لقوله قبله وجوز إلا أن يحمل ماقبله على الرطب ، وقدمنا عن المحيط أن ماروى من أن الجوز واللوز فاكهة هو فى عرفهم لا فى عرفنا إلا أن يحمل على اليابس وهو بعيد فالظاهر أن ما فى البدائع مبنى على عرفهم ، وأيضا فإن الجوز اليابس لا يؤكل الآن مع الخبز غالبا ، وإنما يفرد بالأكل ، وقد علمت أن المعتبر فى الإدام ما يؤكل تبعا للخبز فى الغالب وليس المراد كل ما يمكن أكله مع الخبز ولذا لم يحنث بالفاكهة مع الخبز ، وكذا لو أكل مع الخبز كنافة أو قطائف لأن الغالب أكل ذلك وحده لا مقرونا بالخبز فلا يسمى إداما ؛ نعم يقال فى العرف : لا آكل هذا الرغيف إلا حافا ويراد بالحاف أكله بلا شئ معه فإذا قرن معه فاكهة أو نحوها يحنث تأمل (وهذا إن وجد الخ) وكذا لو حلف لا يأكل ملحا فأكل طعاما إن كان مالحا حنث وإلا فلا . وقال الفقيه لا يحنث مالم يأكل عين الملح مع الخبز أو مع شئ آخر لأن عينه مأكول ، بخلاف الفلفل وعليه الفتوى ، فإن كان فى يمينه مايدل على أنه يراد به الطعام المالح فهو على ذلك خانية .

قلت : وكذا يقال فى اللحم ونحوه ولكن ينبغى الحنث فى عرفنا فى اللحم مطلقا إذا كان ظاهرا فى الحشو فإنه يسمى آكلا له (قوله ويزاد فى الزعفران رؤية عينه) مقتضى قوله : ويزاد أنه لابد من وجود طعمه أيضا لكنه بعيد . وفى البزازية لا يأكل زعفرانا فأكل كعكا على وجهه زعفران يحنث (قوله فطبخه بأرز) أى وإن لم يجعل فيه ماء ويرى عينه إلا أن ينوى مايتخذ منه كما قدمناه أول الباب عن الخانية ، ومثله فى البزازية لكنه قال بعده وفى النوازل إن كان يرى عينه ويجد طعمه يحنث (قوله ولا ينظر الخ) ذكر هذه وما بعدها لكونها من تمام كلام الصيرفية وإلا فهى استطرادية ليست من مسائل الباب (قوله وإلى رأسه وظهره وبطنه حنث) فصل فيه فى التاترخانية ، وكذا قال فى البزازية وإن رأى الصدر والظهر والبطن أو أكثر الصدر والبطن فقد رآه وإن أقل من النصف لا وإن رآه ولم يعرفه فقد رآه وإن رآها جالسة أو متنقبة أو متقنعة فقد رآها إلا إذا عنى رؤية الوجه فيدين لا قضاء أيضا ، وإن رآه خلف الزجاج أو الستر وتبين الوجه يحنث لا من المرآة (قوله بمس اليد والرجل) مفاده أنه إذا مس غيرهما لا يحنث ، وفيه نظر . وقد يقال إنما قيد بهما لذكرهما فى النظر أى فالمس يخالف النظر فى ذلك فلا ينافى أنه يحنث بمس غيرهما ط .

مطلب عرض عليه اليمين فقال نعم

(قوله كان حالفا) لأنه إذا قال والله لتفعلن كذا فقال نعم كأنه يصير قال والله لأفعلن لأن ما فى السؤال معاد

لكن فى فوائد شيخنا عن التاترخانية أنه بنعم لايصير حالفا هو الصحيح، ثم فرع أن مايقع من التعاليق فى المحاكم أن الشاهد يقول للزوج تعليقا فيقول نعم لايصح على الصحيح (التغدى الأكل المترادف الذى يقصد به الشبع) وكذا التعشى ولابد أن يأكل أكثر من نصف الشبع فى غداء وعشاء وسحور (فى وقت خاص وهو مابعد طلوع الفجر) وفى البحر عن الخلاصة عند طلوع الشمس قال: وينبغى اعتماده للعرف، زاد فى النهر وأهل مصر يسمونه فطورا إلى ارتفاع الضحى الأكبر فيدخل وقت الغداء فيعمل بعرفهم.

قلت : وكذلك أهل الشام (إلى زوال الشمس) ثم لابد أن يكون (مما يتغدى به) أهل بلده عادة وغداء كل بلدة ماتعارفه أهلها ،

فى الجواب كما سيأتى آخر الأيمان (قوله لكن فى فوائد شيخنا عن التاترخانية الخ) ماعزاه إلى التاترخانية خلاف الموجود فيها ، فإنه ذكر فيها مسألة ثم قال : وهذه المسألة تشير إلى أن الرجل إذا عرض على غيره يمينا من الأيمان فيقول ذلك الغير نعم أنه يكفى ويصير حالفا بتلك اليمين التى عرضت عليه ، وهذا فصل اختلف فيه المتأخرون قال بعضهم لايكفى وقال بعضهم يكفى ،وهذه المسألة دليل عليه وهو الصحيح اه فعلم أن قوله فى الفوائد: لايصير حالفا صوابه يصير بدون لا كما نبه عليه السيد الحموى ؛ ويؤيده ماقدمناه عن الخانية قبيل قوله إن فعل كذا فهو كافر وفى آخر أيمان الفتح : ولو قال عليك عهد الله إن فعلت فقال نعم ، فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدئ ولو نواه اه أى لأن قوله عليك صريح فى التزام العهد أى اليمين على المخاطب ، فلا يمكن أن يكون يمينا على المبتدئ ، بخلاف ما إذا قال والله لتفعلن وقال الآخر نعم فإنه إذا نوى المبتدئ التحليف والمجيب الحلف يصير كل منهما حالفا الخ مانقله ح عن البحر فراجعه . وفى مجموع النوازل قال لآخر : والله لا أجئ إلى ضيافتك فقال الآخر ولا تجىء إلى ضيافتى فقال نعم يصير حالفا ثانيا اه وبه جزم فى الذخيرة والفتح ؛ وبما ذكرناه مع ماقدمناه عن الخانية علم أنه لافرق بين التعليق والحلف بالله تعالى فافهم (قوله ثم فرع) من كلام المصنف فالضمير عائد إلى شيخه (قوله أن الشاهد) أى كاتب القاضى وهذا بدل من قوله أن مايقع (قوله يقول للزوج تعليقا) أى يقول له كلاما فيه تعليق كأن يقول له : إن تزوجت عليها تكن طالقا (قوله لايصح على الصحيح) أى المنقول عن التاترخانية وقد علمت أنه خلاف مافيها ؛ فالصحيح أنه يصح كما مر عن الصيرفية ولم يثبت اختلاف التصحيح فافهم .

مطلب حلف لايتغدى أو لايتعشى

(قوله التغدى الخ) هذا أولى من قول غيره الغداء والعشاء، لأن الغداء والعشاء بفتح أولهما مع المد اسم لمايؤكل فى الوقتين، لا للأكل فيهما والمحلوف عليه الأكل فيهما لا المأكول، وإن أجاب عنه فى الفتح بأنه تساهل معروف المعنى لايعترض به اه (قوله الأكل المترادف) فلو أكل لقمتين ثم فصل بزمن يعد فاصلا ثم أكل لقمتين وهكذا لايكون غداء ط (قوله الذى يقصد به الشبع) احترز به عن أكل نحو لقمة ولقمتين أو أكثر مالم يبلغ نصف الشبع كما فى الفتح ، وأما الاحتراز عن نحو اللبن والتمر فسيذكره فى قوله مما يتغدى به عادة فافهم (قوله وكذا التعشى) ومثله التسحر على الظاهر ط (قوله أكثر من نصف الشبع) كذا فى البحر عن الزيلعى ،والظاهر أن المراد به الشبع المعتاد له لا الشرعى كالثلث وظاهره عدم الحنث بأكل نصف الشبع ط (قوله فيدخل وقت الغداء) وينتهى إلى العصر لأنه أول وقت العشاء فى عرفنا كما يأتى (قوله إلى زوال الشمس) غاية لقوله وهو مابعد طلوع الفجر ، وكان المناسب عدم الفصل بينهما (قوله وغداء كل بلدة ماتعارفه أهلها) يغنى عنه ما قبله ومثله العشاء

حتى لوشبع بشرب اللبن يحنث البدوى لا الحضرى زيلعى (والتعشى منه) أى الزوال : وفى البحر عن الإسبيجابى : وفى عرفنا وقت العشاء بعد صلاة العصر اه .

قلت : وهو عرف مصر والشام (إلى نصف الليل ، والسحور هو الأكل بعد نصف الليل إلى طلوع الفجر ، قال إن أكلت أو) قال إن (شربت أو لبست) أو نكحت ونحو ذلك فعبدى حر (ونوى معينا) أى خبزا أو لبنا أو قطنا مثلا (لم يصدق أصلا) فيحنث بأى شىء أكل أو شرب وقيل يدين ، كما لو نوى كل الأطعمة أو كل مياه العالم حتى لا يحنث أصلا لنيته محتمل كلامه (ولو ضم) لأن أكلت (طعاما أو) شربت (شرابا أو) لبست

والسحور ط (قوله حتى لو شبع الخ) قال الكرخى : إذا حلف لا يتغدى فأكل تمرا أو أرزا أو غيره حتى شبع لا يحنث ، ولا يكون غداء حتى يأكل الخبز ، وكذلك إن أكل لحما بغير خبز اعتبارا للعرف كذا فى الاختيار ونحوه فى البحر والفتح ، والظاهر أنه مبنى على أن المراد بالغداء ما يتغدى به فى العرف غالبا ، وهذا وإن كان يتغدى به فى العرف لكنه قليل ، ونظيره ما مر فى الإدام . وفى البحر عن المحيط : لو تغدى بالعنب لا يحنث إلا أن يكون من أهل الرستاق ممن عادتهم التغدى به فى وقته (قوله بعد صلاة العصر) والظاهر أنه ينتهى إلى دخول وقت السحور (قوله والسحور) بالفتح ما يؤكل وبالضم فعل الفاعل مصباح ، والمناسب هنا ضبطه بالضم لقوله هو الأكل وليناسب التعبير بالتغدى والتعشى . قال فى الفتح : لما كان السحور ما يؤكل فى السحر والسحر من الثلث الأخير سمى ما يؤكل فى النصف الثانى لقربه من الثلث الأخير سحورا بالفتح والأكل فيه التسحر اه .

قلت : فى زماننا لا يطلقون السحور إلا على ما يؤكل ليلا لأجل الصوم .

مطلب قال إن أكلت أو شربت ونوى معينا لم يصح

(قوله ونحو ذلك) كما لو حلف لا يركب أو لا يغتسل ، أو لا ينكح ، أو لا يسكن دار فلان ، أو لا يتزوج امرأة ونوى الخيل أو من جنابة امرأة معينة ، أو بالإجارة أو الاعارة أو كوفية لم تصح نيته أصلا نهر (قوله أى خبزا أو لبنا الخ) لف ونشر مرتب ، وأفاد أنه ليس المراد بالمعين الفرد الشخصى ، بل ما يعم النوعى (قوله لم يصدق أصلا) أى لا قضاء ولا ديانة ، لأن النية إنما تعمل فى الملفوظ لتعين بعض محتملاته وما نواه غير مذكور نصا فلم تصادف النية محلها فلغت نهر (قوله وقيل يدين) هو رواية عن الثانى ، واختاره الخصاف لأنه مذكور تقديرا وإن لم يذكر تنصيصا . وأجيب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الأكل مأكولا وكذا اللبس والشراب ، والمقتضى لا عموم له كذا قالوا . والتحقيق أن هذا ليس من المقتضى لأنه ما يقدر لتصحيح المنطوق بأن يكون الكلام كذبا ظاهرا كرفع الخطإ والنسيان ، أو غير صحيح شرعا كأعتق عبدك عنى ، وقولك لا آكل خال عن ذلك ، نعم المفعول أعنى المأكول من ضروريات وجود الأكل ومثله ليس من المقتضى بل من حذف المفعول اقتصارا وإلا لزم أن يكون كل كلام مقتضى إذ لا بد أن يستدعى مكانا وزمانا ، وحيث كان هذا المصدر ضروريا للفعل لا يصح تخصيصه وإن عم بوقوعه فى سياق النفى فإن من ضرورة ثبوت الفعل فى النفى ثبوت المصدر العام بدون ثبوت التصرف فيه بالتخصيص فإن عمومه ضرورة تحقق الفعل فى النفى فلا يقبل التخصيص ، بخلاف إن أكلت أكلا فإن الاسم مذكور صريحا فيقبله وتمامه فى الفتح (قوله كما لو نوى الخ) أى كما يصدق ديانة لو نوى كل الأطعمة أو المياه ، حتى لو أكل طعاما أو طعامين أو أكثر لا يحنث ، وكذا لو شرب مدة عمره لأنه لم يأكل الكل ولم يشرب الكل .

(ثوبادين) إذا قال عنيت شيئا دون شيء لأنه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص ، لأنه نكرة فى سياق الشرط فتعم كالنكرة فى النفى ، والأصل أن النية إنما تصح فى الملفوظ إلا فى ثلاث فيدين فى فعل الخروج والمساكنة وتخصيص الجنس كحبشية أو عربية لا الصفة ككوفية أو بصرية فتح

ثم اعلم أنه لامحل لذكر هذه المسألة هنا بل محلها بعد قوله : ولو ضم طعاما الخ كما فعله فى البحر : أى فيما إذا صرح بالمفعول كما نبه عليه ويدل عليه التعليل بقوله لنيته محتمل كلامه ، لأنه إذا لم يصرح به ويكون معناه لا أوجد أكلا أو شربا أو لبسا فيحنث بكل أكل وجد ، ولذا لم تصح نيته المعين منه بخلاف ماإذا صرح به ، لأن طعاما المذكور يحتمل البعض والكل فأيهما نوى صح ، ولذا نقل فى البحر عن المحيط أنه يصدق قضاء أيضا وعلله فى البدائع بأنه نوى حقيقة كلامه ، ثم نقل عن الكشف أنه إنما يصدق ديانة فقط ، وقال : لأنه خلاف الظاهر ، لأن الإنسان إنما يمنع نفسه عما يقدر عليه والكل ليس فى وسعه وفيه تخفيف عليه أيضا وتمامه فيه .

أقول : ويظهر لى ترجيح الأول لأنه إذا نوى البعض إنما يصدق ديانة فقط كما يأتى وهذا لا نزاع فيه ، ويلزم منه أن يصدق قضاء وديانة إذا نوى الكل ، لأن عدم تصديقه فى الأول قضاء لأنه خلاف ظاهر اللفظ ، فيكون الظاهر العموم وإلا لزم تصديقه قضاء فى نية الخصوص . وفى تلخيص الجامع : إن كلمت بنى آدم أو الرجال أو النساء حنث بالفرد إلا أن ينوى الكل ، قال شارحه : فيصدق ديانة وقضاء ولايحنث أبدا لأن الصرف إلى الأدنى عند الإطلاق لتصحيح كلامه ، فإذا نوى الكل فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق ، وقيل : لا يصدق قضاء لأن الحقيقة مهجورة اه وسيأتى هذا آخر الباب ، وتعبيره عن الثانى بقيل يفيد ضعفه وترجيح الأول كما قلنافافهم (قوله دين) أى يوكل إلى دينه فيما بينه وبين ربه تعالى وأما القاضى فلا يصدقه لأنه خلاف الظاهر ، وقدمنا فى الطلاق أن المرأة كالقاضى (قوله لأنه نكرة فى سياق الشرط فتعم) لأن الحلف فى الشرط المثبت يكون على نفيه ، فقوله إن لبست ثوبا فى معنى لا ألبس ثوبا (قوله إلا فى ثلاث فيدين الخ) يعنى لوقال : إن خرجت فعبدى حر ونوى السفر مثلا أو إن ساكنت فلانا فعبدى حر ونوى المساكنة فى بيت واحد يدين لأن الخروج فى نفسه متنوع إلى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامهما ، فقبلت إرادة أحد نوعيه ، وكذا المساكنة متنوعة إلى كاملة هى المساكنة فى بيت واحد ومطلقة وهى ماتكون فى دار ؛ فإرادة المساكنة فى بيت إرادة أخص أنواعها كما فى الفتح .

وحاصله : أن النية صحت هنا لكون المصدر متنوعا لا باعتبار عمومه فهو تخصيص أحد نوعى الجنس ، وزاد فى تلخيص الجامع إن اشتريت ونوى الشراء لنفسه : أى فتصح نيته ديانة ، وإن لم يذكر المفعول لتنوع الشراء ، فإنه تارة يكون لنفسه ، وتارة يكون لموكله ولذا رتب على الأول الملك لنفسه ، وعلى الثانى الملك للموكل وهذا بخلاف ماإذا نوى الخروج لبغداد أو المساكنة بالاجارة أو الشراء لعبد ، فإن الفعل فيه غير متنوع ، فلم يصح تخصيصه بالنية بدون ذكر كما فى شرح التلخيص .

قلت : ونظير ذلك ماإذا قال أنت بائن ونوى الثلاث أو الواحدة يصح بخلاف نية الثنتين ، لأن البينونة نوعان غليظة وخفيفة ، فتصح نية إحداهما بخلاف الثنتين لأنه عدد محض كما مر تقريره فى محله ، لكنه يصدق فى نية البينونة قضاء . قال فى الفتح : وكذا لو حلف لايتزوج امرأة ونوى كوفية أوبصرية لايصح لأنه تخصيص الصفة ، ولو نوى حبشية أو عربية صحت ديانة لأنه تخصيص الجنس ، ثم قال : وكون إرادة نوع ليس تخصيصا للعام مما يقبل المنع لأنه لايخرج عن قصر عام على بعض متناولاته اه :

أقول : قد يقال لاعموم هنا ولا تخصيص لعام ، وإنما هو إرادة أحد محتملى اللفظ المشترك أو أحد نوعى الجنس كما فى التوضيح والتلويح ، والأول أولى وبيانه أن الخروج مشترك بين السفر والانفصال من داخل إلى خارج وكذا المساكنة مشتركة بين الكاملة وهى ماتكون فى بيت واحد ومطلقة وهى ما تكون فى الدار مطلقا ، وكذا الشراء فإنه يحتمل الخاص وهو ما يكون له والمطلق ، ولكن لما كان المتبادر عرفا هو المعنى الثانى فى المسائل الثلاث صدق ديانة فقط فى نية المعنى الأول منها ، ولا يصدقه القاضى لأنه خلاف الظاهر ، وله نظائر فى تلخيص الجامع لو قال : إن جامعتك أو باضعتك فهو على الجماع فى الفرج ، لأنه المتفاهم عرفا إلا أن ينوى مادونه للاحتمال لكن لايصرف عن الظاهر فى القضاء فيحنث بهما أى إذا نوى ما دونه يحنث به عملا باقراره على نفسه بالحنث ، ويحنث بالجماع فى الفرج لتبادره ، وكذا إن وطئتك فعبدى حر إلا أن يعنى الوطء بالقدم ، وفى إن أتيتك ينوى لاستواء احتمالى الجماع والزيارة ، لكن لو نوى الزيارة حنث بالجماع لأنه زيارة وزيادة اهـ .

وبما قررناه : ظهر الفرق بين هذه المسائل المستثناة وبين مامر فى لا آكل ونحوه فإن حقيقة الأكل فيه واحدة فلم تصح نية التخصيص ، بخلاف ماإذا صرح بالمفعول فإنه لفظ صريح فيصح تخصيصه ، لكن نية التخصيص إنما تصح فيما كان من أفراد ذلك العام وهو المأكولات كالخبز ونحوه دون ماكان من متعلقاته الضرورية كالزمان والمكان والوصف ، فلو نوى فى زمان كذا لم يصح ومثله لا أتزوج امرأة ونوى حبشية أو عربية فإنها بعض أفراد العام ، لأن الانسان أنواع : حبشى ، وعربى ، ورومى ، باعتبار أصوله الذين ينسب إليهم بخلاف كوفية أو بصرية لأنه وصف ضرورى راجع إلى تخصيص المكان وهو غير ملفوظ صريحا فلا تصح نيته كبقية الصفات الضرورية ومثله مافى البحر عن البدائع : لايكلم هذا الرجل ونوى مادام قائما لم يصح بخلاف ، لايكلم هذا القائم ونوى ذلك يدين لتخصيصه الملفوظ ، وكذا لأضربنه خمسين ونوى سوطا بعينه فإنه يبر بأى شىء ضربه وكذا لاأتزوج امرأة أبوها يعمل كذا وكذا فهو باطل اهـ .

وظهر بما قررناه أيضا : أن الاستثناء فى المسائل الثلاث فى غير محله لأن النية إنما وجدت فى الملفوظ أيضا لأن الفعل فيها صار مشتركا بواسطة اشتراك المصدر تأمل على أن لاأتزوج امرأة صرح فيه بالمفعول ، فهو مثل لا آكل طعاما ولعله ذكره لينبه على أنه إنما يصح فيه تخصيص الجنس فقط دون الوصف ، لكن فيه أن لا آكل طعاما كذلك بدليل أنه لو نوى لقمة أو لقمتين لم يصح على أنه يخالفه مايذكره قريبا فيما لو قال نويت من بلد كذا فإنه يصدق ديانة لاقضاء ، ولعل فى المسألة قولين يدل عليه أنه فى التتارخانية قال وروى عن محمد فيمن قال لا أتزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية الخ وذكر فيها أيضا إن تزوجت فعبدى حر وقال عنيت فلانة وامرأة من أهل الكوفة لا يصح ولو قال : إن تزوجت امرأة وقال عنيت فلانة يصح اهـ وهذا ظاهر لأنه فى الأول لم يذكر المفعول .

ثم اعلم أنه يرد مامر فى يمين الفور حيث خصص بما دلت عليه القرينة كالغداء المدعو إليه ولعل وجهه أن العرف جعل اللفظ كالمصرح به ولا سيما إذا كان جوابا لكلام قبله لأن السؤال معاد فيه فلم يكن تخصيصا للعام الغير مذكور بالنية ، وهذا الموضع من مشكلات مسائل الأيمان ولم أجد من أعطاه حقه من البيان وما ذكر به هو غاية ماظهر لفهمى القاصر وفكرى الفاتر .

(نية تخصيص العام تصح ديانة) إجماعا ، فلو قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثم قال : نويت من بلد كذا (لا) يصدق (قضاء) وكذا من غصب دراهم إنسان فلما حلفه الخصم عاما نوى خاصا (به يفتى) خلافا للخصاف . وفى الولوالجية : متى حلفه ظالم وأخذ بقول الخصاف ، فلا بأس

مطلب نية تخصيص العام تصح ديانة لاقضاء خلافا للخصاف

(قوله نية تخصيص العام تصح ديانة لاقضاء) هذه الجملة بمنزلة التعليل لقوله قبله ولو ضم طعاما أو شرابا أو ثوبا دين لما علمت من أنه إذا ضم ذلك يصير نكرة فى سياق الشرط فتعم ، والعام تصح فيه نية التخصيص ، لكن لايصدقه القاضى لأنه خلاف الظاهر .

واعلم أن الفعل لايعم ولا يتنوع كما فى تلخيص الجامع لأن العموم للأسماء لاللفعل هو المنقول عن سيبويه كذا فى شرحه للفارسى .

قلت : ويرد عليه مامر من مسألة الخروج والمساكنة والشراء إلا أن يقال كمامر إن التنوع هناك للفعل بواسطة مصدره لاأصالة تأمل .

[تنبيه] قيد بالنية لأن تخصيص العام بالعرف يصح ديانة وقضاء أيضا ، وأما الزيادة على اللفظ بالعرف فلا تصح كما أوضحنا ذلك أول باب اليمين فى الدخول والخروج ، بقى هل يصح تعميم الخاص بالنية؟ قال فى الأشباه لم أره .

قلت : والظاهر أن تعميمه من الزيادة على اللفظ ، وإذا لم تصح الزيادة عليه بالعرف فلا تصح بالنية الأولى لأن العرف ظاهر بخلاف النية تأمل (قوله لايصدق قضاء) ظاهره أنه يصدق ديانة ، وهو مخالف لقوله آنفا لاالصفة ككوفية أو بصرية أى أنه لايدين فيها كما نبهنا عليه ، وما ذكره الشارح مأخوذ من الولوالجية كما ذكره فى البحر ، ومثله فى البزازية حيث قال : كل امرأة من بلد كذا لايصدق فى ظاهر الرواية ، وذكر الخصاف أنه يصدق وهذا بناء على جواز تخصيص العام بالنية فالخصاف جوزه وفى الظاهر لا ، وعلى هذا لو أخذ منه دراهم وحلفه على أنه ماأخذ منه شيئا ونوى الدنانير فالخصاف جوزه ، والظاهر خلافه والفتوى على الظاهر ، وإذا أخذ بقول الخصاف فيما إذا وقع فى يد الظلمة لابأس به اهـ .

قلت : وهذا كله فى القضاء أما فى الديانة فنية تخصيص العام صحيحة بالإجماع كما فى البحر وقد مر .

والحاصل أن نية تخصيص العام تصح فى ظاهر الرواية ديانة فقط ، وعند الخصاف تصح قضاء أيضا وهذا إذا كان العام مذكورا وإلا فلا تصح نية تخصيصه أصلا فى ظاهر الرواية ، وقيل يدين كما قدمه الشارح وقدمنا أنه رواية عن الثانى وأنه اختاره الخصاف فصار حاصل مااختاره الخصاف أنه فى المذكور يصدق ديانة وقضاء وفى غيره ديانة فقط (قوله متى حلفه ظالم وأخذ بقول الخصاف فلابأس) أقول : المناسب أن يكون أخذ بضم أوله مبنيا للمجهول أى وأخذ القاضى إذ لامعنى لأخذ الحالف به قضاء لأن أخذ الحالف بمانواه غير خاص بقول الخصاف

مطلب إذا كان الحالف مظلوما يفتى بقول الخصاف

والحاصل أنه لو حلفه ظالم فحلف ونوى تخصيص العام أو غير ذلك مما هو خلاف الظاهر وعلم القاضى بحاله لايقضى عليه ، بل يصدقه أخذا بقول الخصاف ، وأما إذا لم يكن مظلوما فلا يصدقه فافهم . قال فى الفتاوى

وقالوا : النية للحالف لو بطلاق أو عتاق وكذا بالله لو مظلوما وإن ظالما فللمستحلف ولا تعلق للقضاء في اليمين بالله :

الهندية عن الخلاصة ماحاصله : أراد السلطان استحلافه بأنك ماتعلم غرماء فلان وأقرباءه ليأخذ منهم شيئا بلا حق لايسعه أن يحلف ، والحيلة أن يذكر اسم الرجل وينوى غيره وهذا صحيح عند الخصاف لافى ظاهر الرواية فإن كان الحالف مظلوما يفتى بقول الخصاف ، ولو حلفه القاضى ماله عليك كذا فحلف وأشار بأصبعه فى كمه إلى غير المدعى صدق ديانة لاقضاء اه :

مطلب النية للحالف لو بطلاق أو عتاق

(قوله وقالوا النية للحالف الخ) قال فى الخانية : رجل حلف رجلا فحلف ونوى غير مايريد المستحلف إن بالطلاق والعتاق ونحوه يعتبر نية الحالف إذا لم ينو الحالف خلاف الظاهر ظالما كان الحالف أو مظلوما ، وإن كانت اليمين بالله تعالى ، فلو الحالف مظلوما فالنية فيه إليه وإن ظالما يريد إبطال حق الغير اعتبر نية المستحلف وهو قول أبى حنيفة ومحمد اه :

قلت : وتقييده بما إذا لم ينو خلاف الظاهر يدل على أن المراد باعتبار نية الحالف اعتبارها فى القضاء ، إذ لاخلاف فى اعتبار نية ديانة وبه علم الفرق بينه وبين مذهب الخصاف ، فإن عنده تعتبر نية فى القضاء أيضا ويفتى بقوله إذا كان الحالف مظلوما كما علمت . وفى الهندية عن المحيط ذكر إبراهيم النخعى اليمين على نية الحالف لو مظلوما وعلى نية المستحلف لو ظالما ، وبه أخذ أصحابنا مثال الأول : لو أكره على بيع شئ بيده فحلف بالله أنه دفعه لى فلان يعنى بائعه لئلا يكره على بيعه لايكون يمين غموس حقيقة ، لأنه نوى ما يحتمله لفظه ، ولا معنى لأن الغموس مايقتطع بها حق مسلم ومثال الثانى : لو ادعى شراء شئ فى يد آخر بكذا وأنكر فحلفه بالله ماوجب عليك تسليمه إلى فحلف ونوى التسليم إلى المدعى بالهبة لا بالبيع ، فهذا وإن كان صادقا فهو غموس معنى فلا تعتبر نيته . قال الشيخ الإمام خواهر زاده هذا فى اليمين بالله تعالى ، فلو بالطلاق أو العتاق وهو ظالم أولا ونوى خلاف الظاهر بأن نوى الطلاق عن وثاق أو العتاق عن عمل كذا أو نوى الاخبار فيه كاذبا فإنه يصدق ديانة ، لأنه نوى محتمل لفظه إلا أنه لو ظالما أثم إثم الغموس لأنه وإن كان مانوى صدقا حقيقة إلا أن هذا اليمين غموس معنى لأنه قطع بها حق مسلم اه ملخصا وقوله : ونوى خلاف الظاهر وقوله بعده فإنه يصدق ديانة يدل على أنه لايصدق قضاء ، وهذا على إطلاقه موافق لظاهر الرواية ، أما على مذهب الخصاف فيفرق بين المظلوم فيصدق قضاء أيضا وبين الظالم فلا يصدق :

والحاصل : أن الحلف بطلاق ونحوه تعتبر فيه نية الحالف ظالما أو مظلوما إذا لم ينو خلاف الظاهر كما مر عن الخانية ، فلا تطلق زوجته لاقضاء ولا ديانة ، بل يأثم لو ظالما إثم الغموس ، ولو نوى خلاف الظاهر ، فكذلك لكن تعتبر نية ديانة فقط ، فلا يصدقه القاضى بل يحكم عليه بوقوع الطلاق إلا إذا كان مظلوما على قول الخصاف ويوافقه ماقدمه الشارح أول الطلاق من أنه لو نوى الطلاق عن وثاق دين إن لم يقرنه بعدد ولو مكرها صدق قضاء أيضا اه :

وأما الحلف بالله تعالى فليس للقضاء فيه مدخل لأن الكفارة حقه تعالى لاحق فيها للعبد حتى يرفع الحالف إلى القاضى كما فى البحر ، لكنه إن كان مظلوما تعتبر نيته فلا يأثم لأنه غير ظالم وقد نوى مايحتمله لفظه فلم يكن غموسا

حلف (لايشرب من) شيء يمكن فيه الكرع نحو (دجلة ف)يمينه (على الكرع) منه حتى لو شرب من نهر أخذ منه لم يحنث : وفى البحر عن الظهيرية : الكرع لايكون إلا بعد الخوض فى الماء لكن فى القهستانى عن الكشف أنه ليس بشرط (بخلاف من ماء دجلة) فيحنث بغير الكرع أيضا (وفيما لايتأتى فيه الكرع) كالبئر والحب يحنث (ب)الشرب ب (الإناء مطلقا) سواء قال من البئر أو من ماء البئر لتعين المجاز (ولو تكلف الكرع فيما لايتأتى فيه ذلك) أى الكرع (لايحنث) فى الأصح لعدم العرف (إمكان تصور البر

لالفظا ولامعنى وإن كان ظالما تعتبر نية المستحلف فيأثم إثم الغموس وإن نوى مايحتمله لفظه قال ح وهذا مخصص لعموم قولهم نية تخصيص العام تصح ديانة ، فاغتنم توضيح هذا المحل :

مطلب حلف لايشرب من دجلة فهو على الكرع

(قوله يمكن فيه الكرع) قال فى المصباح : كرع الماء كرعا من باب نفع وكروعا شرب بفيه من موضعه فإن شرب بكفيه أو بشىء آخر فليس بكرع وكرع فى الإناء أمال عنقه إليه فشرب منه (قوله بيمينه على الكرع منه الخ) قال فى الفتح : أى بأن يتناوله بفمه من نفس النهر عند أبى حنيفة يعنى إذا لم يكن له نية ، فلو نوى بإناء حنث به إجماعا وقال إذا شرب منها كيفما شرب حنث بلا فرق بينه وبين قوله من ماء دجلة اهـ :

قلت : وهو المتعارف فى زماننا ، بخلاف من هذا الكوز فإنه على الكرع منه فى العرف أيضا . وفى البحر عن المحيط لايشرب من هذا الكوز فحقيقته أن يشرب منه كرعا ، حتى لو صب على كفه وشرب لم يحنث اهـ لكن فيه إن وضعه على فمه وشربه منه لايسمى كرعا كما علم من تعريفه تأمل (قوله لم يحنث) لعدم الكرع فى دجلة لحدوث النسبة إلى غيره بحر (قوله لايكون إلا بعد الخوض فى الماء) فإنه من الكراع ، وهو من الإنسان مادون الركبة ومن الدواب مادون الكعب كذا قال الشيخ الإمام نجم الدين النسفى بحر عن الظهيرية (قوله لكن فى القهستانى الخ) مثله فى المنح عن التلويح ، وفى النهر وهذا الشرط أهمله شراح الهداية كغيرهم لما قدمناه عن المغرب أى من أن الكرع تناول الماء بالفم من موضعه ولو إناء (قوله فيحنث بغير الكرع أيضا) كما إذا تناوله بكفه أو باناء من غير أن يدخل فمه داخله (قوله كالبئر والحب) أى إذا لم يكونا ممتلئين وإلا حنث بالكرع والحب بالحاء المهملة الخابية والكرامة غطاؤها ويقال للك عندى حب وكرامة يعنى خابية وغطاؤها ط (قوله ولو تكلف الكرع) أى من أسفل البئر فيما إذا قال : لا أشرب من هذا البئر بدون إضافة ماء (قوله لعدم العرف)لأن اليمين انعقد على غير الكرع لكون الحقيقة مهجورة كما فى لايضع قدمه فى دار فلان :

[تنبيه] قال فى الفتح : ونظير المسألتين مالو حلف لايشرب من هذا الكوز فصب الماء فى كوز آخر فشرب منه لايحنث بالإجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب فى كوز آخر فشرب منه حنث بالإجماع وكذا لو قال من هذا الحب أو من ماء هذا الحب فنقل إلى حب آخر اهـ :

مطلب تصور البر فى المستقبل شرط انعقاد اليمين وبقائها

(قوله إمكان تصور البر) قال فى المنح كل ماوقع فى هذه المسائل من لفظ تصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقل اهـ فالصواب حينئذ إسقاط تصور كما هو فى بعض النسخ ط :

قلت : لكن عبر فى البحر وعليه فالمراد بتصوره كونه ذا صورة أى كونه موجودا فالمراد إمكان وجوده

فى المستقبل شرط انعقاد اليمين) ولو بطلاق (وبقائها) إذ لابد من تصور الأصل لتنعقد فى حق الحلف وهو الكفارة ثم فرع عليه (فنى) حلفه (لأشربن ماء هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه أو كان فيه) ماء (وصب) ولو بفعله أو بنفسه (فى يومه) قبل الليل (أو أطلق) يمينه عن الوقت (ولا ماء فيه لايحنث) سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أولا فى الأصح

فى المستقبل أى إمكانه عقلا وإن استحال عادة احترازا عما لايمكن عقلا ولا عادة كما فى المثال الآتى فهذالاتنعقد فيه اليمين ولا تبقى منعقدة بخلاف ما أمكن وجوده عقلا وعادة أو عقلا فقط مع استحالته عادة كما فى مسألة صعود السماء وقلب الحجر ذهبا فإنها تنعقد كما سيأتى (قوله فى المستقبل) قيد لبيان الواقع لأن المنعقدة لا تتأتى فى غيره (قوله شرط انعقاد اليمين) أى المطلقة أو المقيدة بوقت (قوله ولو بطلاق) تعميم لليمين أى لا فرق بين اليمين بالله تعالى أو بطلاق (قوله وبقائها) أى شرط بقاء اليمين منعقدة ، وهذا فى اليمين المقيدة فقط فإذا قال : والله لأوفينك حقك غدا فمات أحدهما قبل الغد بطلت اليمين ، بخلاف المطلقة حيث لايشترط لها تصور البر فى البقاء باتفاق كما يأتى فى قوله وإن أطلق وكان فيه ماء فصب حنث (قوله إذ لابد من تصور الأصل الخ) بيانه أن اليمين إنما تنعقد لتحقيق البر فإن من أخبر بخبر أو وعد بوعد يؤكده باليمين لتحقيق الصدق فكان المقصود هو البر ثم تجب الكفارة خلفا عنه لرفع حكم الحنث ، وهو الإثم ليصير بالتكفير كالبار ، فإذا لم يكن البر متصورا لا تنعقد فلا تجب الكفارة خلفا عنه لأن الكفارة حكم اليمين ، وحكم الشيء إنما يثبت بعد انعقاده كسائر العقود وتمامه فى شرح الجامع الكبير . ثم اعلم أن هذا الأصل وما فرع عليه قولهما. وقال أبو يوسف : لايشترط تصور البر .

مطلب حلف لايشرب ماء هذا الكوز ولا ماء فيه أو كان فيه ماء فصب

(قوله فنى حلفه الخ) فى محل مفعول فرع .

وحاصل المسألة أربعة أوجه : لأن اليمين إما مقيدة ، أو مطلقة ، وكل منهما على وجهين : إما أن لا يكون فيه ماء أصلا أو كان فيه ماء وقت الحلف ثم صب ، فنى المقيدة لايحنث فى الوجهين لعدم انعقادها فى الوجه الأول ولبطلانها عند الصب فى الثانى وفى المطلقة لايحنث أيضا فى الوجه الأول لعدم الانعقاد ويحنث فى الثانى (قوله اليوم) أى مثلا إذ المراد كل وقت معين من يوم أو جمعة أو شهر (قوله أو بنفسه) أى أو انصب بنفسه بلا فعل أحد (قوله قبل الليل) أشار إلى أن المراد باليوم بياض النهار فلا يدخل فيه الليل (قوله أولا) صادق بما إذا علم عدم الماء فيه أو لم يعلم شيئا وقصره الاسبيجابى على الثانى لأنه إذا علم تقع يمينه على مايخلقه الله تعالى فيه ، وقد تحقق العدم فيحنث وصحح الزيلعى الإطلاق ، وبه جزم فى الفتح فقوله فى الأصح قيد للتعميم فى قوله أولا لكن فصل المصنف فى قوله الآتى ليقتلن فلانا بين علمه بموته فيحنث ، وبين عدمه فلا ومثله فى الكنز فيحمل ما هنا على التفصيل الآتى فيقيد عدم حنثه بما إذا لم يعلم لكن فرق الزيلعى هناك بأن حنثه إذا علم تكون يمينه عقدت على حياة ستحدث وهو متصور أما هنا فلأن مايحدث فى الكوز غير المحلوف عليه اه أى لأن المحلوف عليه ماء مظروف فى الكوز وقت الحلف دون الحادث بعد .

قلت : وفيه نظر فإنه إذا علم بأنه لا ماء فيه يراد ماء مظروف فيه بعد الحلف أى ماء سيحدث مثل لأقتلن زيدا فإن القتل إزهاق الروح فإذا علم بموته يراد روح ستحدث لكن سيأتى أن ذات الشخص لم تتغير بخلاف الماء فليتأمل .

لعدم إمكان البر (وإن) أطلق و (كان) فيه ماء (فصب حنث) لوجوب البر فى المطلقة كما فرغ وقد فات بصبه، أما الموقتة ففى آخر الوقت، وهذا الأصل فروعه كثيرة.

منها إن لم تصلى الصبح غدا فأنت كذا لايحنث بحيضها بكرة فى الأصح، ومنها إن لم تردى الدينار الذى أخذتيه من كيسى فأنت طالق فإذا الدينار فى كيسه لم تطلق لعدم تصور البر.

[تنبيه] قال ط: هل يأثم إذا علم أنه لاماء فيه؟ قياس مامر عن التمرتاشى فى ليصعدن السماء الإثم اهـ.

قلت: وقد مر أن الغموس تكون على المستقبل فهذا منها (قوله لعدم إمكان البر) اعترض بأن البر متصور فى صورة الإراقة لأن الإعادة ممكنة، وأجيب بأن البر إنما يجب فى هذه الصورة فى آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لايسع فيه غيره فلايمكن إعادة الماء فى الكوز وشربه فى ذلك الزمان اهـ ح عن العناية (قوله لوجوب البر فى المطلقة كما فرغ) قال فى الفتح: لقائل أن يقول وجوبه فى الحال إن كان بمعنى تعينه حتى يحنث فى ثانى الحال، فلا شك أنه ليس كذلك، وإن كان بمعنى الوجوب الموسع إلى الموت، فيحنث فى آخر جزء من الحياة فالموقتة كذلك، لأنه لايحنث إلا فى آخر جزء من الوقت الذى ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحياة فلأى معنى تبطل اليمين عند آخر جزء من الوقت فى الموقتة، ولم تبطل عند آخر جزء من الحياة فى المطلقة اهـ.

وأجاب فى النهر بما حاصله: أن الحالف فى الموقتة لم يلزم نفسه بالفعل إلا فى آخر الوقت بخلاف المطلقة لأنه لافائدة فى التأخير.

قلت: أنت خبير بأنه غير دافع مع استلزامه وجوب البر فى المطلقة على فور الحلف، وإلا فلا فرق فافهم، ويظهر لى الجواب بأن المقيدة لما كان لها غاية معلومة لم يتعين الفعل إلا فى آخر وقتها فإذا فات المحل فقد فات قبل الوجوب، فتبطل ولا يحنث لعدم إمكان البر وقت تعينه أما المطلقة فغايتها آخر جزء من الحياة وذلك الوقت لايمكن البر فيه، ولا خلفه وهو الكفارة ففى تأخير الوجوب إليه إضرار بالحالف، لأنه إذا حنث فى آخر الحياة لايمكنه التكفير ولا الوصية بالكفارة، فيبقى فى الإثم فتعين الوجوب قبله ولا ترجيح لوقت دون آخر، فلزم الوجوب عقب الحلف موسعا بشرط عدم الفوات، فإذا فات المحل ظهر أن الوجوب كان مضيقا من أول أوقات الإمكان ونظيره ماقرروه فى القول بوجوب الحج موسعا، فقد ظهر المعنى الذى لأجله اعتبر آخر الوقت فى الموقتة ولم يعتبر آخر الحياة فى المطلقة هذا ماوصل إليه فهمى القاصر فتدبره (قوله وهذا الأصل) وهو إمكان البر فى المستقبل (قوله منها الخ) ومنها ماسيذكره المصنف فى باب اليمين بالضرب والقتل بقوله: لو حلف ليقضين دينه غدا فقضاه اليوم الخ، ومنها مافى البحر لو قال لها بعد ما أصبح: إن لم أجامعك هذه الليلة فأنت كذا ولا نية له فإن علم أنه أصبح انصرف إلى الليلة القابلة، وإن نوى تلك الليلة بطلت يمينه، وكذا إن نمت الليلة أو إن لم أبت الليلة هنا وقد انفجر الصبح، وهو لا يعلم لايحنث لأن النوم فى الليلة الماضية لايتصور كقوله: إن صمت أمس، ومنها: إن لم آت بامرأتى إلى دارى الليلة فلما أصبح قالت كنت فى الدار لم يحنث، وإن قالت كنت غائبة حنث إن صدقها ومنها لايعطيه أولا يضربه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم أعطاه لم يحنث اهـ قال الرملى ولم يقيد هذه بالوقت ومثله فى الفتح وانظر ما الفرق بينها وبين مسألة الكوز إذا أطلق وكان فيه ماء فصب (قوله فحاضت بكرة (١)) الظاهر أن المراد وقت الطلوع أو بعيده فى وقت لايمكن أداء الصلاة فيه ثم ما ذكره من تصحيح عدم الحنث عزاه فى البحر إلى المبتغى، لكن ذكر فى باب اليمين بالبيع والشراء تصحيح الحنث وعليه مشى المصنف هناك وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله لعدم تصور البر) أى فلم تنعقد اليمين فلا يترتب الحنث ط وانظر ما تذكره

---

(١) قوله (فحاضت بكرة) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح التى بيدى لايحنث بحيضها بكرة فليحرر اهـ مصححه.

ومنها : إن لم تهبيني صداقك اليوم فأنت طالق وقال أبوها إن وهبتيه فأمك طالق فالحيلة أن تشترى منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فإذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لعدم الهبة ولا الزوج لعجزها عن الهبة عند الغروب لسقوط المهر بالبيع ثم إذا أرادت الرجوع ردته بخيار الرؤية (وفى) حلفه والله (ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حنث للحال)

قريبا عن شرح الجامع الكبير (قوله ثوبا ملفوفا) قيد به ليمكنها الرد عليه بخيار الرؤية ليعود مهرها كما فى الفتح (قوله وتقبضه) هذا ليس بقيد فإنه بمجرد الشراء ثبت لها فى ذمته الثمن فانتفيا قصاصا ولذا لم يذكره الزيلعى وتمامه فى ح (قوله لعجزها عن الهبة الخ) يشكل عليه قولهم إن الدين إذا قبض لايسقط عن ذمة المديون حتى لو أبرأه الدائن يرجع عليه بماقبضه منه وقصارى أمر الشراء بهأن يكون كقبضه اهـ ح عن شرح المقدسى.

قلت : وأصل الإشكال لصاحب البحر ذكره فى باب التعليق عندقوله وزوال الملك لايبطل اليمين وأجاب بأن مبنى الأيمان على العرف ، والعرف يقضى بأنها إذا اشترت بمهرها شيئا تصير لاشىء لها وفيه أن المقصود العجز وعدم التصور شرعا لاعرفا وإلا انتقض الأصل المار فى كثير من المسائل فافهم : وأجاب السائحانى بأنها لما جعلت المهر ثمنا والكل وصف فى الذمة تغير من المهرية إلى الثمنية ، فلم يكن هناك مهر حتى يوهب ، وأما الدين فبدله لم يدفع على صريح المعاوضة ، فلم يقع التقاص به من كل وجه ولم يدفع حالة كونه وصفا فى الذمة ، حتى ينتقل إليه لقربه منه اهـ.

مطلب فى قولهم الديون تقضى بأمثالها

قلت : والجواب الواضح أن يقال قد قالوا إن الديون تقضى بأمثالها أى إذا دفع الدين إلى دائنه ثبت للمديون بذمة دائنه مثل ماللدائن بذمة المديون فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة فى المطالبة ، ولذا لو أبرأه الدائن براءة إسقاط يرجع عليه المديون كما مر ، وكذا إذا اشترى الدائن شيئا من المديون بمثل دينه التقيا قصاصا أما إذا اشتراه بما فى ذمة المديون من الدين ينبغى أن لايثبت للمديون بذمة الدائن شىء لأن الثمن هنا معين وهو الدين فلا يمكن أن يجعل شيئا غيره فتبرأ ذمة المديون ضرورة بمنزلة مالو أبرأه من الدين وبه يظهر الفرق بين قبض الدين وبين الشراء به فتدبر.

مطلب حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن الحجر ذهبا

(قوله وفى ليصعدن السماء الخ) مثله إن لم أمس السماء بخلاف إن تركت مس السماء فعبدى حر لايحنث لأن الشرط هو الترك وهو لايتحقق فى غير المقدور عادة ، وفى الأول شرط عدم المس والعدم يتحقق فى غير المقدور كذا فى التحرير شرح الجامع الكبير للحصيرى معزيا إلى المنتقى ، ومثله فى النهر عن المحيط.

قلت : ويظهر الفرق فى قولك لا أمس السماء وقولك اترك مس السماء فإن الأول لايقتضى أنه معتاد ممكن بخلاف الثانى ، وهذا ينافى مامر فى إن لم تصل (١) الصبح غدا ، وفى إن لم تردى الدينار ولعله رواية أخرى فتأمل.

---

(١) قوله (لم تصل) هكذ بخطه والأنسب بكون الخطاب لمؤنث كما فى الشارح أن يرسم لم تصلى بالياء كما لايخفى اهـ مصححه.

لإمكان البر حقيقة ثم يحنث للعجز عادة ، ولو وقت اليمين لم يحنث مالم يمض ذلك الوقت ، وفي حيرة الفقهاء قال لامرأته إن لم أعرج إلى السماء هذه الليلة فأنت كذا ينصب سلما ثم يعرج إلى سماء البيت لقوله تعالى — فليمدد بسبب إلى السماء — أى سماء البيت قال الباقانى والظاهر خروجها عن قاعدة مبنى الأيمان (وكذا) الحكم لو حلف (ليقتلن فلانا عالما بموته) إذ يمكن قتله بعد إحياء الله تعالى فيحنث (وإن لم يكن عالما) بموته (فلا) يحنث لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ، ولا يتصور كمسألة الكوز وكقوله إن تركت مس السماء فعبدى حر

مطلب يجوز تحويل الصفات وتحويل الأجزاء

(قوله لإمكان البر حقيقة) لأنه صعدتها الملائكة وبعض الأنبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحيل الله تعالى صفة الحجرية إلى صفة الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية فى قبول الصفات أو باعدام الأجزاء الحجرية وإبدالها بأجزاء ذهبية ، والتحويل في الأول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ماهو الحق فتح (قوله ثم يحنث) عطف على معلوم من المقام : أى فتنعقد ثم يحنث ط قال فى شرح الجامع الكبير : فباعتبار التصور فى الجملة انعقدت اليمين وباعتبار العجز عادة حنث للحال ، وهذا العجز غير العجز المقارن لليمين لأن هذا هو العجز عن البر الواجب باليمين اه أى بخلاف العجز فى مسألة الكوز فإنه مقارن لليمين فلذا لم تنعقد .

واعلم أن الحنث فى هذه المسألة عند أئمتنا الثلاثة وفيها خلاف زفر ، فعنده لاتنعقد اليمين ولايحنث لإلحاقه المستحيل حقيقة بخلاف مسألة الكوز فإن فيها خلاف أبى يوسف كما مر .

[تنبيه] المراد بالعجز هنا عدم الإمكان والتصور عادة فلو حلف ليؤدين له دينه اليوم فلم يكن معه شيء ولم يجد من يقرضه يحنث بمضى اليوم على المفتى به كما مر فى باب التعليق لأن الأداء غير مستحيل عادة (قوله لم يحنث مالم يمض ذلك الوقت) أى فيحنث فى آخره قال فى الفتح فلو مات قبله فلا كفارة عليه إذ لاحنث اه .

[تنبيه] قال فى شرح الجامع الكبير قال الكرخى : إذا حلف أن يفعل ما لايقدر عليه كقوله لأصعدن السماء فهو آثم وروى الحسن عن زفر فيمن قال : لأمسن السماء اليوم إنه آثم ولاكفارة عليه لأنه لاتنعقد عنده إلا على مايمكن (قوله والظاهر خروجها الخ) هذا الاعتذار يحتاج إليه إن كانت المسألة من نص المذهب لا إن كانت من تخريج بعض المشايخ على القول باعتبار الحقيقة اللغوية ، وإن لم يمكن فالعرف وعليه مشى الزيلعى وقد تقدم رده وأن الاعتماد على العرف ولوكانت هـذه المسألة منصوصة لذكروا استثناءها من القاعدة المبنى عليها مسائل الأيمان وهى العرف والذى يظهر حمل هذه المسألة على ما إذا نوى سقف البيت كما أجابوا عن قول صاحب الذخيرة والمرغينانى فى لايهدم بيتا أنه يحنث بهدم بيت العنكبوت كما أوضحناه فى أول الباب السابق فراجعه ليظهر لك ماقلنا (قوله وكذا الحكم) أى فى الانعقاد والحنث للحال وقيد بالقتل احترازا عن الضرب ففى الخانية ليضربن فلانا اليوم وفلان ميت لايحنث علم بموته أولا واو حيا ثم مات فكذلك عندهما وحنث عند أبى يوسف اه أفاده فى الشرنبلانية فافهم (قوله فيحنث) أى بالإجماع ، لأن يمينه انصرفت إلى حياة يحدثها الله تعالى فيه ، وأنه تصور وإذا أحياه الله تعالى فهو فلان بعينه لكنه خلاف العادة فيحنث كما فى صعود السماء (قوله كمسألة الكوز) تشبيه فى عدم الحنث لعدم التصور ، لا فى التفصيل بين العالم وغيره لما مر أن الأصح عدم التفصيل فيها ، فإن حنث العالم هنا لأن البر متصور كما علمت أما فى الكوز لو خلق الماء لايكون عين الماء الذى انعقد عليه اليمين ، فلا يتصور البر أصلا فكان الماء نظير الشخص لانظير الحياة كذا فى شرح الجامع

لأن الترك لايتصور فى غير المقدور :

(حلف لايكلمه فناداه وهو نائم فأيقظه) فلو لم يوقظه لم يحنث ، وهو المختار ولو مستيقظا حنث لو بحيث يسمع بشرط انفصاله عن اليمين ، فلو قال موصولا : إن كلمتك فأنت طالق فاذهبى أو واذهبى لاتطلق مالم يرد الاستئناف ولو قال اذهبى طلقت لأنه مستأنف ، ولو قال : ياحائط اسمع أو اصنع كذا وكذا وقصد إسماع المحلوف عليه ، لم يحنث زيلعى . وفى السراجية : سأل محمد حال صغره أبا حنيفة فيمن قال لآخر والله لاأكلمك ثلاث مرات فقال أبو حنيفة ثم ماذا ؟ فتبسم محمد وقال انظر حسنا ياشيخ فنكس أبو حنيفة ثم قال حنث مرتين فقال محمد : أحسنت فقال أبو حنيفة : لاأدرى أى الكلمتين أوجع لى ؟

وكأنه يشير إلى أنه لو جعل الماء نظير الحياة لزم التفصيل فيه أيضا لأن الحياة الحادثة غير المعقود عليها تأمل (قوله لأن الترك لايتصور فى غير المقدور) لأن ترك الشىء فرع عن إمكان فعله عادة أى بخلاف العدم فإنه يتحقق مطلقا فلذا حنث فى إن لم أمس السماء كما فى النهر وقدمناه عن شرح الجامع :

مطلب حلف لايكلمه

(قوله حلف لايكلمه) قال فى الذخيرة يقع على الأبد ، وإن نوى يوما أو يومين أو بلدا أو منزلا فإنه لايصدق ديانة ولا قضاء وفى أى يوم كلمه حنث لأنه نوى تخصيص ماليس بملفوظ اه (قوله هو المختار) خلافا لما ذكره القدورى من أنه يحنث إذا كان بحيث لم يسمع ورجحه السرخسى متمسكا بما فى السير لو أمن المسلم أهل الحرب من موضع بحيث يسمعون صوته لكنهم باشتغالهم بالحرب لم يسمعوه فهذا أمان ودفع بالفرق وذلك أن الأمان يحتاط فى إثباته بخلاف غيره نهر (قوله لو بحيث يسمع) أى إن أصغى إليه بأذنه وإن لم يسمع لعارض شغل أوصمم ، فلو لم يسمع مع الإصغاء لشدة بعد لايحنث كما فى البحر عن الذخيرة وفيه لو كلمه بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه روايتان (قوله لاتطلق) أقول فى البزازية : فلو وصل وقال إن كلمتك فأنت طالق فاذهبى لايحنث ولو اذهبى أو واذهبى يحنث اه لكن ماذكره الشارح من التسوية بين الواو والفاء هو المذكور فى الفتح والبحر عن المنتقى ومثله فى التاترخانية (قوله مالم يرد الاستئناف) قال فى التاترخانية وفى الذخيرة والمنتقى إن أراد بقوله : فاذهبى طلاقا طلقت به واحدة ، وباليمين أخرى (قوله وقصد إسماع المحلوف عليه) أى ولم يقصد خطابه مع الحائط بل قصد خطاب الحائط فقط ، ولذا قال فى البحر وغيره : لو سلم على قوم هو فيهم حنث إلا أن لايقصده فيدين ، أما لو قال السلام عليكم إلا على واحد فيصدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلاة لايحنث ، وإن كان المحلوف عليه عن يساره هو الصحيح ، لأن السلامين فى الصلاة من وجه ولو سبح له لسهو أو فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلاة يحنث :

[تنبيه] لو قال إن ابتدأتك بكلام فعبدى حر فالتقيا فسلم كل على الآخر لايحنث وانحلت اليمين لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها إن ابتدأتك بكلام وقالت هى كذلك لايحنث إذا كلمها لأنه لم يبتدئها ولا تحنث هى بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها كذا فى الفتح ومثله فى البحر والزيلعى والذخيرة والظهيرية . وفى تلخيص الجامع إن ابتدأتك بكلام أو تزوج أوكلمتك قبل أن تكلمنى فتكالما أو تزوجا معالم يحنث أبدا لاستحالة السبق مع القران اه وبه ظهر أن قول البزازية حنث الحالف صوابه لايحنث (قوله حنث مرتين) لأنه انعقد اليمين بالأولى فيحنث بالثانية وتنعقد بها يمين أخرى ، فيحنث بها فى الثالثة مرة لأن اليمين الأولى قد انحلت بالثانية ، وفى

قوله حسنا أو أحسنت (أو) حلف لايكلمه (إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم) بالإذن فكلمه (حنث) لاشتقاق الإذن من الأذان فيشترط العلم بخلاف لايكلمه إلا برضاه فرضى ولم يعلم لأن الرضا من أعمال القلب فيتم به (الكلام) والتحديث (لايكون إلا باللسان) فلا يحنث بإشارة وكتابة كما فى النتف. وفى الخانية : لا أقول له كذا فكتب إليه حنث ففرق بين القول والكلام ، لكن نقل المصنف بعد مسألة شم الريحان عن الجامع أنه كالكلام خلافا لابن سماعة (والإخبار والإقرار والبشارة تكون بالكتابة لابالإشارة والإيماء والإظهار والإنشاء والإعلام يكون) بالكتابة و (بالإشارة أيضا) ولو قال لم أنو الإشارة دين ، وفى لايدعوه أو لايبشره يحنث بالكتابة (إن أخبرتنى) أو أعلمتنى (أن فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه فبى الصدق خاصة)

تلخيص الجامع لو قال ثلاثا لغير المدخولة إن كلمتك فأنت طالق انحلت الأولى بالثانية لاستئناف الكلام بخلاف فاذهبى ياعدوة الله اه وحيث انحلت الأولى بالثانية لايقع بالثالثة شيء لأنها بانت لا إلى عدة بخلاف المدخول بها (قوله حسنا أو أحسنت) لأن قوله انظر حسنا يفيد التفريع بأنك لم تتأمل فى الجواب وقوله أحسنت وإن كان تصويبا إلا أنه يتضمن أنه لم يحسن قبله فكل من الكلمتين موجع (قوله أو حلف الخ) عطف على قول المصنف حلف لايكلمه وقوله حنث جواب المسألتين (قوله لاشتقاق الإذن) أى اشتقاقا كبيرا كما فى النهر من الأذان وهو الإعلام ح .

قلت : وفيه نظر يعلم مما قدمناه فى الوضوء (قوله فيشترط العلم) ظاهره أنه لايكتفى بمجرد السماع بل لابد معه من العلم بمعناه احترازا عما لوخاطبه بلغة لايفهمها كما قدمنا نظيره فى حلفه لاتخرجى إلا بإذنى (قوله فرضى) أى بأن أخبره بعد الكلام بأنه كان رضى (قوله فلا يحنث بإشارة وكتابة) وكذا بإرسال رسول ، لأنه لايسمى كلاما عرفا خلافا لمالك وأحمد رحمهما الله تعالى استدلالا بقوله تعالى — وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا — إلى قوله - أو يرسل رسولا — أجيب عنه بأن مبنى الأيمان على العرف فتح (قوله عن الجامع) حيث قال إذا حلف لايكلم فلانا أو قال والله لاأقول لفلان شيئا فكتب له كتابا لايحنث ، وذكر ابن سماعة فى نوادره أنه يحنث اه فقوله خلافا لابن سماعة أى فيهما فتحصل أن الأقوال ثلاثة : الحنث مطلقا ، وعدمه مطلقا ، وتفصيل قاضيخان ط (قوله تكون بالكتابة) أى كما تكون باللسان ولم ينبه عليه لظهوره فافهم (قوله والإيماء) بالجر عطف على الإشارة ، وكأنه أراد الإشارة باليد والإيماء بالرأس ، لأن الأصل فى العطف المغايرة (قوله والإظهار الخ) بالرفع مبتدأ (قوله والإنشاء) كذا في النسخ ، والذى فى الفتح والبحر والمنح : الإفشاء بالفاء أى لو حلف لايفشى سر فلان أو لايظهره أو لايعلم به يحنث بالكتابة وبالإشارة (قوله ولو قال الخ) قال فى البحر : فإن نوى فى ذلك كله أى فى الإظهار والإفشاء والإعلام والإخبار كونه بالكتابة دون الإشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى اه وهكذا فى الفتح ونحوه فى البزازية ولم يذكر فى النهر الإخبار ، وهو الظاهر لما مر أن الإخبار لايكون بالإشارة فما معنى أنه يدين فى أنه لم ينو به الإشارة ، ومفهوم قوله : دين الخ أنه لايصدق قضاء كما عزاه فى التاترخانية إلى عامة المشايخ ، وفيها وكل ماذكرنا أنه يحنث بالإشارة إذا قال أشرت وأنا لاأريد الذى حلفت عليه ، فإن كان جوابا لشيء سئل عنه لم يصدق فى القضاء ويدين (قوله أو لايبشره) تكرار مع قول المتن والبشارة تكون بالكتابة اه ح ولعله أو لايسره من الإسرار (قوله إن أخبرتنى أو أعلمتنى الخ) وكذا البشارة كما فى الفتح والبحر ، وهو مخالف لما سيذكره فى الباب الآتى عن البدائع من أن الإعلام كالبشارة لابد فيهما من الصدق ولو بلا باء ، ويؤيده مافى

لإفادتها إلصاق الخبر بنفس القدوم كما حققناه فى بحث الباء من الأصول ، وكذا إن كتبت بقدوم فلان كما سيجىء فى الباب الآتى .

وسأل الرشيد محمدا عمن حلف لايكتب إلى فلان فأومأ بالكتابة هل يحنث ؟ فقال : نعم ياأمير المؤمنين، إن كان مثلك (لايكلمه شهرا فمن حين حلفه) ولو عرفه فعلى باقيه (بخلاف لأعتكفن) أو لأصومن (شهرا فإن التعيين إليه) والفرق أن ذكر الوقت فيما يتناول الأبد لإخراج ماوراءه وفيما لايتناول للمد إليه زيلعى .

تلخيص الجامع الكبير لو قال : إن أخبرتنى أن زيدا قدم فكذا حنث بالكذب كذا إن كتبت إلى وإن لم يصل وفى بشرتنى أو أعلمتنى يشترط الصدق وجهل الحالف لأن الركن فى الأولين الدال على المخبر وجمع الحروف ، وفى الأخريين إفادة البشر والعلم بخلاف ما إذا قال بقدومه لأن باء الإلصاق تقتضى الوجود وهو بالصدق ويحنث بالإيماء فى أعلمتنى وبالكتاب والرسول فى الكل اه (قوله لإفادتها) أى الباء إلصاق الخبر بنفس القدوم أى فصار كأنه قال إن أخبرتنى خبرا ملصقا بقدوم زيد فاقتضى وجود القدوم لامحالة قال ط وفيه أن الباء فى إن أخبرتنى أن فلانا قدم مقدرة ومقتضاه قصره على الصدق اه .

قلت : قد يجاب بأنها لم تدخل على المصدر الصريح وفرقا بين الصريح والمؤول على أن تقديرها لضرورة التعدية فلا تفيد ماتفيده الملفوظة فتأمل (قوله وكذا إن كتبت بقدوم فلان) أى أنه مثله فى اقتصاره على الصدق، بخلاف إن كتبت إلى أن فلانا قدم فعبدى حر يحنث بالخبر الكاذب ، حتى لو كتب إليه قبل القدوم أن زيدا قدم حنث وإن لم يصل الكتاب إلى الحالف كذا فى شرح التلخيص ، ومفاده الحنث بمجرد الكتابة ، ومفاد الفتح والبحر اشتراط الوصول ويدل للأول تعليل التلخيص المار بأن الركن فى الكتابة جمع الحروف أى تأليفها بالقلم وقد وجد (قوله فقال نعم الخ) قال السرخسى هذا صحيح لأن السلطان لايكتب بنفسه وإنما يأمر به ، ومن عادتهم الأمر بالإيماء والإشارة فتح .

مطلب فى حلف لايكلمه شهرا فهو من حين حلفه

(قوله فمن حين حلفه) أى يقع على ثلاثين يوما من حين حلف لأن دلالة حاله وهى غيظه توجب ذلك كما إذا آجره شهرا لأن العقود تراد لدفع الحاجة القائمة بخلاف لأصومن شهرا فإنه نكرة فى الإثبات توجب شهرا شائعا ولا موجب لصرفه إلى الحال فتح (قوله ولو عرفه) كقوله : لاأكلمه الشهر يقع على باقيه وكذا السنة واليوم والليلة وأشار إلى أنه لو حلف بالليل لايكلمه يوما حنث بكلامه فى بقية الليل وفى الغد لأن ذكر اليوم للإخراج ، وكذا لو حلف بالنهار لايكلمه ليلة حنث بكلامه من حين حلف إلى طلوع الفجر ، ولو قال فى النهار : لاأكلمه يوما فهو من ساعة حلفه مع الليلة المستقبلة إلى مثل تلك الساعة من الغد لأن اليوم منكر فلابد من استيفائه ولا يمكن إلا بإتمامه من الغد فلا يتبعه الليل ، وكذا لايكلمه ليلة فهو من تلك الساعة إلى مثلها من الليلة الآتية مع النهار الذى بينهما أفاده فى البحر عن البدائع ٧ وفيه عن الواقعات لا أكلمك اليوم ولا غدا ولا بعد غد فله أن يكلمه ليلا لأنها أيمان ثلاثة ، ولو لم يكرر النفى فهى واحدة فيدخل الليل بمنزلة قوله ثلاثة أيام (قوله فيما يتناول الأبد الخ) مثل لاأكلمه فإنه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين فذكر الشهر لإخراج ماوراءه فبقى مايلى يمينه داخلا بحر (قوله وفيما لايتناوله) مثل لأصومن أو لأعتكفن فإنه لو لم يذكر الشهر لاتتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وأنه منكر فالتعيين إليه بخلاف إن تركت الصوم شهرا فإن الشهر من حين حلف ، لأن تركه مطلقا يتناول الأبد فذكر الوقت

(حلف لايتكلم فقرأ القرآن أو سبح فى الصلاة لايحنث) اتفاقا (وإن فعل ذلك خارجها حنث على الظاهر) كما رجحه فى البحر ورجح فى الفتح عدمه مطلقا للعرف وعليه الدرر والملتقى بل فى البحر عن التهذيب أنه لايحنث بقراءة الكتب فى عرفنا انتهى ، وقواه فى الشرنبلالية قائلا ولا عليك من أكثرية التصحيح له مع مخالفته العرف ويقاس عليه إلقاء درس ما لكن يعكر عليه مافى الفتح ، وأما الشعر فيحنث به لأنه كلام منظوم انتهى ، فغير المنظوم أولى فتأمل :

(حلف لايقرأ القرآن اليوم يحنث بالقراءة فى الصلاة أو خارجها ولو قرأ البسملة فإن نوى ما فى النمل حنث وإلا لا) لأنهم لايريدون به القرآن ولو حلف لايقرأ سورة كذا أو كتاب فلان لايحنث بالنظر فيه وفهمه به يفتى واقعات :

(حلف لايكلم فلانا اليوم فعلى الجديدين)

لإخراج ماوراءه وتمامه فى البحر (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية من الفرق بين الصلاة وخارجها ، وهو ماعليه القدورى (قوله كما رجحه فى البحر) حيث قال فقد اختلفت الفتوى والإفتاء بظاهر المذهب أولى (قوله ورجح فى الفتح عدمه) حيث قال : ولما كان مبنى الأيمان على العرف ، وفى العرف المتأخر لايسمى التسبيح ، والقرآن كلاما حتى يقال لمن سبح طول يومه ، أو قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ أنه لايحنث بجميع ماذكر خارج الصلاة واختير للفتوى من غير تفصيل بين اليمين بالعربية والفارسية اه . وأفاد أن ظاهر الرواية مبنى على عرف المتقدمين وقوله من غير تفصيل الخ يبين قول الشارح مطلقا (قوله وقواه فى الشرنبلالية الخ) الضمير راجع إلى مافى الفتح فكان الأولى تقديمه على قوله بل فى البحر (قوله قائلا ولا عليك الخ) الذى رأيته فى الشرنبلالية بعد نقله عن البحر أن الإفتاء بظاهر المذهب أولى :

قلت : الأولوية غير ظاهرة لما أن مبنى الأيمان على العرف المتأخر ولما علمت من أكثرية التصحيح له اه (قوله ويقاس عليه) أى على مافى التهذيب والبحث لصاحب النهر ، وكذا الاستدراك بعده (قوله فتأمل) إشارة إلى مخالفة مافى الفتح لكلام التهذيب أو إلى مافى دعوى الأولوية من البحث ، إذ لايلزم من كونه كلاما منظوما وكون قائله متكلما أن يسمى إلقاء الدرس كلاما وإلا لزم أن تكون قراءة الكتب كذلك ، وهذا كله بناء على عدم العرف وإلا فإن وجد عرف فالعبرة له كما تقرر فافهم :

مطلب مهم لايكلمه اليوم ولا غدا أو لا بعد غد فهى أيمان ثلاثة

(قوله اليوم) قيد اتفاقى ط (قوله وإلا لا) أى وإن لم ينو مافى النمل بأن نوى غيرها أو لم ينو شيئا لايحنث كما فى البحر (قوله لأنهم لايريدون به القرآن) أى لأن الناس لايريدون بغير مافى النمل القرآن بل التبرك (قوله به يفتى) هو قول أبى يوسف . وفرق محمد فقال : المقصود من قراءة كتاب فلان فهم مافيه وقد حصل ، ويحنث بقراءة سطر منه لانصفه لأنه لايكون مفهوم المعنى غالبا والمقصود من قراءة القرآن عين القرآن إذ الحكم متعلق به كما فى البحر قال ح : وقول محمد هو الموافق لعرفنا كما لايخفى :

مطلب أنت طالق يوم أكلم فلانا فهو على الجديدين

(قوله حلف لايكلم فلانا اليوم) هذا المثال غير صحيح هنا لأن الحكم فيه أن اليمين على باقى اليوم كما فى البحر والذى مثل به فى الكنز كعامة المتون يوم أكلم فلانا فعلى الجديدين اه ح أى لو قال يوم أكلم فلانا فأنت طالق

لقرانه اليوم بفعل لايمتد فعم (فإن نوى النهار صدق) لأنه الحقيقة (ولو قال ليلة) أكلم فلانا فكذا (فهو على الليل خاصة) لعدم استعماله مفردا فى مطلق الوقت قال (إن كلمته) أى عمرا (إلا أن يقدم زيد أو حين أو إلا أن يأذن أو حتى يأذن فكذا فكلمه قبل قدومه أو) قبل (إذنه حنث و) لو (بعدهما لايحنث) لجعله القدوم والإذن غاية لعدم الكلام (وإن مات زيد قبلهما سقط الحلف) قيد بتأخير الجزاء ، لأنه لو قدمه فقال امرأته طالق إلا أن يقدم زيد لم يكن للغاية بل للشرط لأن الطلاق مما لايحتمل التأقيت فلا تطلق بقدومه بل بموته (كما لو قال) لغيره (والله لاأكلمك حتى يأذن لى فلان أو قال لغريمه والله لاأفارقك حتى تقضى حقى) أو حلف ليوفينه اليوم

فهو على الليل والنهار . سميا جديدين : لتجددهما أى عودهما مرة بعد أخرى ، فإن كلمه ليلا أو نهارا حنث (قوله لقرانه اليوم بفعل لايمتد) قيل المراد به الكلام ، لأنه عرض والعرض لايقبل الامتداد إلا بتجدد الأمثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب وذلك عند الموافقة صورة ومعنى والكلام الثانى يفيد معنى غير مفاد الأول . وفيه أن الكلام اسم لألفاظ مفيدة معنى كيفما كان فتحققت المماثلة ولذا يقال كلمته يوما فالصحيح أن المراد بما لايمتد الطلاق ولأن اعتبار العامل فى الظرف أولى من اعتبار ماأضيف إليه الظرف ، لأنه غير مقصود إلا لتعيين ماتحقق فيه المقصود وتمامه فى الفتح ، وقد مر مبسوطا فى بحث إضافة الطلاق إلى الزمان (قوله صدق) أى ديانة وقضاء وعن الثانى لايصدق قضاء بحر (قوله لعدم استعماله مفردا الخ) أى بخلاف الجمع فإنه يستعمل فى مطلق الوقت كقول الشاعر :

وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة ليالى لاقينا جذاما وحميرا

(قوله ولو بعدهما لايحنث) أقول : وكذا معهما لقول الخانية حلف لايدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان فدخلاها معا لم يحنث وكذا لاأكلمك حتى تكلمنى وكذا إن كلمتك إلا أن تكلمنى اه سائحانى (قوله لجعله القدوم والإذن غاية لعدم الكلام) أما الغاية فى حتى فظاهرة وأما فى إلا أن فلأن الاستثناء وإن كان هو الأصل فيها إلا أنها تستعار للشرط ، والغاية عند تعذره لمناسبة هى أن حكم كل واحد منها يخالف مابعده ، وقيل هى للاستثناء . قال فى الفتح : وفيه شىء وهو أن الاستثناء فيها إنما يكون من الأوقات أو الأحوال على معنى امرأته طالق فى جميع الأوقات أو الأحوال إلا وقت قدوم فلان أو إذنه أو إلا حال قدومه ، أو إذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الإذن أو القدوم فيقتضى أنه لو كلمه بعده حنث لأنه لم يخرج من أوقات وقوع الطلاق إلا ذلك الوقت اه .

قلت : وللفرق بين الغاية والحال. قال فى التتارخانية وغيرها لايكلمه إلا ناسيا فكلمه مرة ناسيا ثم مرة ذاكرا حنث وفى إلا أن ينسى لايحنث (قوله سقط الحلف) أى بطل ويأتى وجهه (قوله قيد بتأخير الجزاء) تبع فى هذا التعبير صاحب النهر ، وأحسن منه قول البحر قيد بالشرط لأنه لو قال الخ أفاده ح .

مطلب إن كلمه إلا أن يقدم زيد أو حتى

(قوله بل للشرط الخ) قال فى البحر : وهى هنا للشرط كأنه قال إن لم يقدم فلان فأنت طالق ، ولا تكون للغاية لأنها إنما تكون لها فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لايحتمله معنى فتكون للشرط (قوله لأن الطلاق مما لايحتمل التأقيت) يعنى أنها إنما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت ، والطلاق مما لايحتمله فتكون فيه للشرط . واعترض بأن الشرط وهو إلا أن يقدم مثبت ، فالمفهوم أن القدوم شرط الطلاق لاعدمه . وأجيب بأنه حمل على النفى لأنه جعل القدوم

(فمات فلان قبل الإذن أو برئ من الدين) فاليمين ساقطة . والأصل أن الحالف إذا جعل ليمينه غاية وفاتت الغاية بطل اليمين خلافا للثانى (كلمة مازال ومادام وماكان غاية تنتهى اليمين بها) فلو حلف لايفعل كذا مادام ببخارى ، فخرج منها ثم رجع ففعل لايحنث لانتهاء اليمين ، وكذا لايأكل هذا الطعام مادام فى ملك فلان فباع فلان بعضه لايحنث بأكل باقيه لانتهاء اليمين ببيع البعض وكذا لاأفارقك حتى تقضينى حقى اليوم أو حتى أقدمك إلى السلطان اليوم لايحنث بمضى اليوم بل بمفارقته بعده

رافعا للطلاق: وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق من الحال مستمرا إلى القدوم فيرتفع فالقدوم علم على الوقوع قبله وحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه وأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا فلا يقع الطلاق إلا أن يموت فلان قبل القدوم أو الإذن اه ملخصا من الفتح: أى لأنه إذا مات تحقق الشرط (قوله بطل اليمين) بناء على مامر من أن بقاء تصور البر شرط لبقاء اليمين المؤقتة وهذه كذلك لأنها موقتة ببقاء الإذن والقدوم إذ بهما يتمكن من البر بلا حنث ولم يبق ذلك بعد موت من إليه الإذن والقدوم وعند الثانى لماكان التصور غير شرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين فأى وقت كلمه فيه يحنث وتمامه فى الفتح (قوله كلمة مازال ومادام الخ) هذا مما دخل تحت الأصل المذكور .

قلت : ومنه قول العوام فى زماننا لا أفعل كذا طول ما أنت ساكن . وفى البحر : لا أكلمه مادام عليه هذا الثوب فنزعه ثم لبسه وكلمه لايحنث ، ولو قال : لا أكلمه وعليه هذا الثوب الخ حنث لأنه ماجعل اليمين موقتة بوقت بل قيدها بصفة فتبقى مابقيت تلك الصفة. قال لأبويه إن تزوجت مادمتما حيين فكذا فتزوج فى حياتهما حنث ، ولو تزوج أخرى لايحنث إلا إذا قال كل امرأة أتزوجها مادمتما حيين فيحنث بكل امرأة وإن مات أحدهما سقط اليمين لأن شرط الحنث التزوج ماداما حيين ولا يتصور بعد موت أحدهما .

مطلب لاأفعل كذا مادام كذا

(قوله فخرج منها) أى بنفسه ، بخلاف مادام فى الدار فإنه لابد من خروجه بأهله وهذا إذا لم ينو مادامت بخارى وطناله فان نوى ذلك فهو كالدار. قال فى الخانية : حلف لايشرب النبيذ مادام ببخارى ففارقها ثم عاد وشرب قال ابن الفضل إن فارقها بنفسه ثم عاد وشرب لايحنث إلا أن ينوى مادامت بخارى وطنا له فإن نوى ذلك ثم عاد وشرب حنث لبقاء وطنه بها اه وفيها والله لا أقربك مادمت فى هذه الدار لايبطل اليمين إلا بانتقال تبطل به السكنى لأن معنى مادمت فى هذه الدار ماسكنت فيها ومابقى فى الدار وقد يكون ساكنا عند أبى حنيفة وعندهما لايكون ساكنا بذلك والفتوى على قولها (قوله لانتهاء اليمين ببيع البعض) الذى يظهر تقييده بما إذا كان يمكنه أكل كله وقد تقدم مايدل على ذلك أبو السعود أى تقدم فى قول الشارح كل شىء يأكله الرجل فى مجلس أو يشربه فى شربة فالحلف على كله وإلا فعلى بعضه .

أقول :ويظهر لى عدم الحنث مطلقا لعدم الشرط نظير ما قدمناه آنفا فى مادمتما حيين إذا مات أحدهما ثم رأيت فى الخانية علل المسألة بقوله لأن شرط الحنث الأكل حال بقاء الكل فى ملك فلان ولم يوجد اه فافهم .

مطلب لاأفارقك حتى تقضينى حقى اليوم

(قوله وكذا لا أفارقك حتى تقضينى حقى اليوم) أى وهو ينوى أن لا يترك لزومه حتى يعطيه حقه بحر (قوله بل بمفارقته بعده) أى بل يحنث بمفارقته بعد اليوم بدون إعطاء ، وأما لو فارقه قبل مضى اليوم فهو كذلك

ولو قدم اليوم لايحنث وإن فارقه بعده بحر . وكذا لو حلف أن يجره إلى باب القاضي ويحلفه فاعترف الخصم أو ظهر شهود سقط اليمين لتقيده من جهة المعنى بحال إنكاره كما سيجيء فى باب اليمين فى الضرب (وفى) حلفه (لايكلم عبده) أى عبد فلان (أو عرسه أو صديقه أو لايدخل داره) أو لايلبس ثوبه أو لايأكل طعامه أو لايركب دابته (إن زالت إضافته) ببيع أو طلاق أو عداوة (وكلمه لم يحنث فى العبد)

بالأولى ولذا لم يصرح به فافهم (قوله ولو قدم اليوم) أى بأن قال لا أفارقك اليوم حتى تعطينى حقى فمضى اليوم ولم يفارقه ولم يعطه حقه لم يحنث ، وإن فارقه بعد مضى اليوم لايحنث لأنه وقت للفراق ذلك اليوم بحر . ووقع فى الخانية ذكر اليوم مقدما ومؤخرا والظاهر أنه لافرق (قوله وإن فارقه بعده) مفاده أنه لو فارقه فى اليوم لايحنث لكنه مقيد بما إذا قضاه حقه وإلا حنث فالإطلاق فى محل التقييد كما لايخفى أفاده ح .

مطلب حلف لا يفارقنى ففر منه يحنث

[تنبيه] قيد بالمفارقة لأنه لو فر منه لايحنث ولو قال لايفارقنى يحنث خانية . وفيها لا أدع مالى عليك اليوم فحلفه عند القاضى بر وكذا لو أقر فحبسه ، وإن لم يحبسه يلازمه إلى الليل ، ولو كان الدين مؤجلا لم يحل يقول له أعطنى مالى فإذا قاله صار بارا وسيأتى فى باب اليمين بالضرب والقتل أنه لو قعد بحيث يراه ويحفظه فليس بمفارق وسيأتى تمام مسائل قضاء الدين هناك (قوله وكذا لو حلف الخ) نقل فى المنح هذا الفرع عن جواهر الفتاوى بعبارة مطولة فراجعها (قوله لتقيده من جهة المعنى بحال إنكاره) أى كما لو حلف المديون لغريمه أن لايخرج من البلد إلا بإذنه فإنه مقيد بحال قيام الدين ، لكن هذا التعليل لايظهر بالنسبة إلى قوله أو ظهر شهود فإنه بظهور الشهود لم يزل الإنكار بل العلة فيه أنه بعد ظهور الشهود لايمكن التحليف تأمل . وفى البزازية : حلفه ليوفين حقه يوم كذا وليأخذن بيده ولا ينصرف بلا إذنه فأوفاه اليوم ولم يأخذ بيده وانصرف بلا إذنه لايحنث لأن المقصود هو الإيفاء اهـ .

قلت : وقد تقدم أن الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض ، وهذا المقصود غير ملفوظ لكن قدمنا أن العرف يصلح مخصصا وهنا كذلك ، فإن العرف يخصص ذلك بحال قيام الدين قبل الإيفاء ويوضحه أيضا مايأتى قريبا عن التبيين .

[تنبيه] رأيت بخط شيخ مشايخنا السائحانى عند قول الشارح لو حلف أن يجره الخ هذا يفيد أن من حلف أن يشتكى فلانا ثم تصالحا وزال قصد الإضرار واختشى عليه من الشكاية يسقط اليمين لأنه مقيد فى المعنى بدوام حالة استحقاق الانتقام كما ظهر لى اهـ فتأمله .

مطلب حلف لايكلم عبد فلان أو عرسه ثم زالت الإضافة ببيع أو طلاق

(قوله لايكلم عبده) هذه الإضافة إضافة ملك ، وقوله أو عرسه أو صديقه إضافة نسبة وهذا فى إضافة المفرد وأما إضافة الجمع فالظاهر أنها كذلك من حيث زوال الإضافة والتجدد ، نعم يفرق فى إضافة الجمع بين إضافة الملك والنسبة من حيث إنه لايحنث إلا بالكل فى النسبة وبأدنى الجمع فى الملك كما سيذكره المصنف (قوله إن زالت إضافته) أى ولو إلى الحالف كما فى لا آكل طعامك هذا فأهداه له فأكل لم يحنث فى قياس قولهما . وعند محمد يحنث وكذلك فى بقية المسائل بحر عن الذخيرة (قوله ببيع) أى أو هبة أو صدقة أو إرث أو غير ذلك رملى وهذا راجع للعبد والدار وما بعدهما (قوله أو طلاق) راجع للعرس ، وقوله أو عداوة راجع للصديق (قوله ونحوه مما يملك كالدار)

ونحوه مما يملك كالدار (أشار إليه) بهذا (أولا) على المذهب لأن العبد ساقط الاعتبار عند الأحرار فكان كالثوب والدار (وفى غيره) أى فى تكليم غير العبد من العرس والصديق لا الدار لأنها لا تكلم فتكون الدار مسكوتا عنها للعلم بأنها كالعبد بالطريق الأولى فتنبه (إن أشار) بهذا أو عين (حنث) لأن الحر يهجر لذاته (وإلا) يشر ولم يعين (لا) يحنث (وحنث بالتجدد) بأن اشترى عبدا أو تزوج بعد اليمين

هذا التعميم لا يناسب حله الآتى حيث جعل الدار مسكوتا عنها لكونها لا تكلم وجعل القهستانى قوله وكلمه من عموم المجاز أى وفعل الحالف واحدا من هذه الأفعال بأن كلم العبد أو دخل الدار المعين أو غيره اه ولو فعل الشارح كذلك لصح تعميمه هنا واستغنى عما يأتى .

[تنبيه] استثنى فى البحر مسألة يحنث فيها وإن زالت الإضافة وهى ما لو حلف لا يأكل من طعام فلان وفلان بائع الطعام فاشترى منه وأكل حنث. قال : وعلله فى الواقعات بأن يراد به طعامه باسم ما كان مجازا بحكم دلالة الحال وكذا لا ألبس من ثياب فلان اه .

قلت : ووجهه أنه إذا كان بائعا يراد به ما يشترى منه أو ما يصنعه فلا تتقيد اليمين بحال قيام الإضافة لأن إضافة الملك غير مقصودة (قوله أشار إليه بهذا أولا) أما إذا لم يشر إليه فلأنه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف إلى فلان فيحنث ما دامت الإضافة باقية وإن كانت متجددة بعد اليمين ولا يحنث بعد زوالها لعدم شرط الحنث . وأما إذا أشار إليه فلأن اليمين عقدت على عين مضافة إلى فلان إضافة ملك فلا تبقى اليمين بعد زوال الملك كما إذا لم يعين وهذا لأن هذه الأعيان لا يقصد هجرانها لذواتها بل لمعنى فى ملاكها واليمين تتقيد بمقصود الحالف ولهذا تتقيد بالصفة الحاملة على اليمين ، وإن كانت فى الحاضر على ما بينا من قبل وهذه صفة حاملة على اليمين فتتقيد بها فصار كأنه قال ما دام ملكا لفلان نظرا إلى مقصوده كذا فى التبيين ، ولم يذكر المصنف حنثه بالمتجدد والحكم أنه إن لم يشر حنث بالتجدد وإن أشار لا يحنث كما فى الكنز ح (قوله على المذهب) مقابله رواية ابن سماعة أن العبد كالصديق لا كالدار بحر ، وعند محمد يحنث فى الدار والعبد عند الإشارة وبه قال زفر والأئمة الثلاثة كما فى الدر المنتقى (قوله لأن العبد ساقط الاعتبار) هذا وجه ظاهر المذهب ولذا يباع كالحمار ، فالظاهر أنه إن كان منه أذى إنما يقصد هجران سيده بهجرانه (قوله بالطريق الأولى) لأن العبد عاقل يمكن أن يعادى لذاته ومع هذا قيل إنه ساقط الاعتبار فالدار بالأولى (قوله فتنبه) أى لكون هذا مراد المصنف (قوله إن أشار بهذا) أى بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجته هذه (قوله أو عين) مثل لا أكلم عبدك زيدا (قوله حنث) أى بفعل المحلوف عليه بعد زوال الإضافة كما هو موضوع المسألة ولا يحنث بالمتجدد كما فى الكنز (قوله لأن الحر يهجر لذاته) أى فكانت الإضافة للتعريف المحض ، والداعى لمعنى فى المضاف إليه غير ظاهر ، لأنه لم يقل لا أكلم صديق فلان لأن فلانا عدولى زيلعى. أفاد أن هذا عند عدم قرينة تدل على أن الداعى لمعنى فى المضاف إليه ، فلو وجدت لا يحنث بعد زوال الإضافة ومثلها النية ، ولذا قال فى البحر : إن ما فى المختصر أى الكنز إنما هو عند عدم النية ، وأما إذا نوى فهو على ما نوى لأنه محتمل كلامه (قوله وإن لم يشر ولم يعين لا يحنث (١)) إلا فى رواية عن محمد والمعتمد الأول شرح الملتقى (قوله بأن اشترى عبدا أو تزوج بعد اليمين) لما كان المتبادر من كلام المصنف أن قوله وحنث بالمتجدد مرتبط بقوله وإلا لا الواقع فى مسألة غير العبد مثل بمثالين : أحدهما فى العبد ، والآخر فى غيره إشارة إلى أن قوله وحنث بالمتجدد مرتبط بمسألة العبد أيضا بقرينة أن المصنف لم يذكر فيها حكم المتجدد ، فعلم أن هذا راجع

---

(١) (قوله وإن لم يشر) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح وتفيده عبارته بعد وإلا يشر وهو الأوفق بكون عبارة المتن وإلا لا اه مصححه

(لايكلم صاحب هذا الطيلسان) مثلا (فكلمه بعد ماباعه حنث) لأن الإضافة للتعريف ولذا لو كلم المشترى لم يحنث (الحين والزمان ومنكرهما ستة أشهر) من حين حلفه لأنه الوسط (وبها) أى بالنية (مانوى) فيهما على الصحيح بدائع

إلى المسألتين جميعا لكن هذا إذا لم يشر فيهما ، أما إذا أشار فيهما فعلوم أنه لايحنث ، لأن المتجدد غير المشار إليه وقت الحالف فافهم :

والحاصل كما فى البحر : أنه إذا أضاف ولم يشر لايحنث بعد الزوال فى الكل لانقطاع الإضافة ويحنث فى المتجدد فى الكل لوجودها . وإذا أضاف وأشار فلا يحنث بعد الزوال والتجدد إن كان المضاف لايقصد بالمعاداة وإلا حنث اه لكن قوله : وإلا حنث أى بأن كان المضاف يقصد بالمعاداة كالزوجة والصديق مقتضاه أنه يحنث بالمتجدد إذا أشار مع أن الحنث بالمتجدد هنا قد خصه الزيلعى بما إذا لم يشر كما هو المتبادر من عبارة الكنز والمصنف فافهم (قوله لايكلم صاحب هذا الطيلسان) مثلث اللام قاموس: وهو ثوب طويل عريض قريب من طول وعرض الرداء مربع يجعل على الرأس فوق نحو العمامة ، ويغطى به أكثر الوجه كما قاله جمع محققون ، وهو لبيان الأكمل فيه ثم يدار طرفه الأيمن من تحت الحنك إلى أن يحيط بالرقبة جميعها ثم يلقى طرفه على المنكبين ، وتمامه فى حاشية الخير الرملى عن شرح المنهاج لابن حجر (قوله مثلا) لأن قوله صاحب هذه الدار ونحوها كذلك نهر (قوله لأن الإضافة للتعريف) لأن الإنسان لايعادى لمعنى الطيلسان فصار كما لو أشار إليه وقال لا أكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه فتح ، قيل يجوز أن يكون حريرا فيعادى لأجله .

قلت : هو مدفوع بأن عداوة الشخص منشؤها صفة فى الشخص وهى ارتكابه المحرم شرعا ونحوه لاذات الحرير وإلا لزم أنه لو كلم المشترى ولو امرأة أن يحنث فافهم :

مطلب لاأكلمه الحين أو حينا

(قوله الحين والزمان الخ) أى سواء كان فى النفى كوالله لا أكلمه الحين أو حينا أو الإثبات نحو لأصومن الحين أو حينا أو الزمان أو زمانا (قوله من حين حلفه) أى يعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين بخلاف لأصومن حينا أو زمانا فإن له أن يعين أى ستة أشهر شاء وتقدم الفرق فتح : أى تقدم فى قوله لا أكلمه شهرا (قوله لأنه الوسط) علة لقوله ستة أشهر وذلك لأن الحين قد يراد به ساعة كما فى — فسبحان الله حين تمسون — وأربعون سنة كما قال المفسرون فى — هل أتى على الإنسان حين من الدهر — وستة أشهر كما قال ابن عباس فى — تؤتى أكلها كل حين — لأنها مدة مابين أن يخرج الطلع إلى أن يصير رطبا ، فعند عدم النية ينصرف إليه لأنه الوسط ولأن القليل لايقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والأربعون سنة لاتقصد بالحلف عادة لأنه فى معنى الأبد ، ولو سكت عن الحين تأبد فالظاهر أنه لم يقصد الأقل ولا الأبد ولا أربعين سنة ، فيحكم بالوسط فى الاستعمال ، والزمان استعمل استعمال الحين وتمامه فى الفتح (قوله أى بالنية) أى يصح بالنية مانواه وبين الشارح بتفسير الضمير أن الضمير عائد على النية التى تضمنها نوى فهو من قبيل عود الضمير على مرجع معنوى متضمن فى لفظ متأخر لفظا متقدم رتبة لأن الأصل مانواه كائن بها اهـ ح (قوله فيهما) أى فى الحين والزمان أى إذا نوى مقدارا صدق لأنه نوى حقيقة كلامه ، لأن كلا منهما للقدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل فى كل كما مر فتح .

(وغرة الشهر ورأس الشهر أو ليلة منه) وما يومها (وأوله إلى مادون النصف وآخره إذا مضى خمسة عشر يوما) فلو حلف أن يصوم أول يوم من آخر الشهر وآخر يوم من أول الشهر صام الخامس عشر والسادس عشر والصيف من حين إلقاء الحشو إلى لبسه ضد الشتاء بدائع (و) فى حلفه لايكلمه (الدهر أو الأبد) هو (العمر) أى مدة حياة الحالف عند عدم النية (ودهر) منكر (لم يدر وقالا هو كالحين) وغير خاف أنه إذا لم يرد عن الإمام شيء فى مسألة وجب الإفتاء بقولهما نهر وفى السراج توقف الإمام في أربع عشرة مسألة

مطلب لاأكلمه غرة الشهر أو رأس الشهر

(قوله وغرة الشهر ورأس الشهر) وكذا عند الهلال أو إذا أهل الهلال وإن نوى الساعة التى أهلّ فيها صح لأنه الحقيقة وفيه تغايظ عليه كذا فى الفتح. وفيه أيضا أن الغرة فى العرف ماذكر وإن كان فى اللغة للأيام الثلاثة وسلخ الشهر التاسع والعشرون (قوله وأوله إلى مادون النصف) كذا فى البحر عن البدائع ، ومقتضاه أن الخامس عشر ليس من أوله ، ويخالفه الفرع الآتى ، وكذا مافى الخانية : حلف ليأتينه فى أول شهر رمضان فأتاه لتمام خمسة عشر لايحنث ، فإن كان الشهر تسعة وعشرين يوما قال محمد : إن أتاه قبل الزوال من اليوم الخامس عشر ينبغى ألا لايحنث وإن أتاه بعد الزوال في هذا اليوم حنث اه ونحوه فى ح عن القهستانى ومثله فى التتارخانية ، ولعلهما قولان يشير إليه مافى البزازية أوله قبل مضى النصف وعن الثانى فيمن قال لا أكلمك آخر يوم من أول الشهر وأول يوم من آخره فعلى الخامس عشر والسادس عشر (قوله والصيف الخ) قال فى الفتح: وفى الواقعات والمختار أنه إذا كان الحالف فى بلد لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء مستمرا ينصرف إليه وإلا فأول الشتاء مايلبس الناس فيه الحشو والفرو ، وآخره مايستغنى الناس فيه عنهما ، والفاصل بين الشتاء والصيف إذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء إلى أول الصيف والخريف من آخر الصيف إلى أول الشتاء لأن معرفة هذا أيسر للناس (قوله أو الأبد) أى معرفا أو منكرا بقرينة قصر التفصيل على الدهر (قوله هو العمر) أشار إلى أنه لو قال لا أكلمه العمر فهو على الأبد عند عدم النية ، ولو نكره فعن الثانى على يوم ، وعنه على ستة أشهر كالحين وهو الظاهر نهر عن السراج (قوله عند عدم النية) أما إذا نوى شيئا فتعمل نيته أفاده ط (قوله لم يدر) أى توقف فيه أبو حنيفة وقال لا أدرى ماهو . قال فى الاختيار : لأنه لاعرف فيه فيتبع واللغات لا تعرف قياسا والدلائل فيه متعارضة فتوقف فيه. وروى أبو يوسف عنه أن دهرا والدهر سواء وهذا عند عدم النية ، فإن كان له نية فعلى مانوى اه : أى لو نوى مقدارا من الزمان عمل به اتفاقا فتح .

فإن قيل ذكر فى الجامع الكبير : أجمعوا فيمن قال إن كلمته دهورا أو شهورا أو سنينا أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات. قلنا : هذا تفريع لمسألة الدهر على قول من يعرف الدهر كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها قاله ابن الضياء شرنبلالية .

قلت : والأحسن ماأجاب به فى الفتح من أن قوله إنه على ثلاثة ليس فيه تعيين معناه أنه ماهو .

مطلب المسائل التى توقف فيها الإمام

(قوله توقف الإمام فى أربع عشرة مسألة) منها لفظ دهر ، ومنها الدابة التى لا تأكل إلا الجلة ، وقيل التى أكثر غذائها متى يطيب لحمها ؟ فروى تحبس ثلاثة أيام وقيل سبعة ومنها الكلب متى يصير معلما ففوضه للمبتلى ، وعنه وهو قولهما بترك الأكل ثلاثا ، ومنها وقت الختان روى عشر سنين أو سبع ، وعليه مشى المصنف آخر المتن ،

ونقل لاأدرى عن الأئمة بل عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن جبريل أيضا (الأيام وأيام كثيرة والشهور والسنون) والجمع والأزمنة والأحايين والدهور (عشرة) من كل صنف لأنه أكثر مايذكر بلفظ الجمع، فنى لايكلمه الأزمنة خمس سنين

وقيل: أقصاه اثنا عشر ومنها: الخنثى المشكل إذا بال من فرجيه . وقالا يعتبر الأكثر ومنها سؤر الحمار والتوقف فى طهوريته لافى طهارته ومنها : هل الملائكة أفضل من الأنبياء ومر فى الصلاة أن خواص البشر أفضل ، ومنها أطفال المشركين وقال محمد : لايعذب الله أحدا بلا ذنب ومر فى الجنائز ومنها نقش جدار المسجد من ماله ومر أنه يجوز لو خيف عليه من ظالم أو كان منقوشا زمن الواقف أو لإصلاح الجدار وفى الشرنبلالية أنه نظمها شيخ الإسلام ابن أبى شريف بقوله :

حمل الإمام أبا حنيفة دينه ... أن قال لا أدرى لتسعة أسئله
أطفال أهل الشرك أين محلهم ... وهل الملائكة الكرام مفضله
أم أنبيــاء الله ثم اللحم من ... جلالة أنى يطيب الأكل له
والدهر مع وقت الختان وكلبهم ... وصف المعلم أى وقت حصله
والحكم فى الخنثى إذا مابال من ... فرجيه مع سؤر الحمار استشكله
وأجائز نقش الجدار لمسجد ... من وقفه أم لم يجز أن يفعله اهـ

قلت : وألحقت بها بيتا آخر فقلت :

ويزاد عاشرة هل الجنى يثا ... ب بطاعة كالانس يوم المسأله

(قوله بل عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن جبريل أيضا) فى الكرمانى «سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أفضل البقاع فقال : لاأدرى حتى أسأل جبريل فسأله فقال : لاأدرى حتى أسأل ربى فقال عز وجل : خير البقاع المساجد، وخير أهلها أولهم دخولا وآخرهم خروجا » وفى الحقائق : أنه تنبيه لكل مفت أن لايستنكف من التوقف فيما لاوقوف له عليه إذ المجازفة افتراء على الله تعالى بتحريم الحلال وضده كذا فى القهستانى ، وقال الغزالى فى الإحياء : وقال صلى الله عليه وسلم « ماأدرى أعزير نبى أم لا وما أدرى أتبع ملعون أم لا وما أدرى أذو القرنين نبى أم لا» اهـ ح وهذا قبل أن يطلعه الله تعالى على أمرهم وقد أخبر عليه الصلاة والسلام بأن تبعا مؤمن ط (قوله والجمع) معناه أنه إذا حلف لايكلمه الجمع بترك كلامه عشرة أيام ، كل يوم هو يوم الجمعة لا أنه يترك كلامه عشرة أسابيع كما قد يتوهم ، وهذا حيث لانية له فإن نوى الأسابيع صح بخلاف جمعة مفردا كقوله علىّ صوم جمعة إذا نوى الأسبوع أو لم ينو يلزمه صوم الأسبوع بحكم غلبة الاستعمال يقال لم أرك منذ جمعة أفاده فى البحر (قوله عشرة من كل صنف) هذا عنده وقال فى الأيام، وأيام كثيرة سبعة والشهور اثنا عشر وما عداها للأبد والأصل فيه أنه لتعريف العهد لو ثم معهود ، وإلا فللجنس فإذا كان للجنس فإما أن ينصرف إلى أدناه ، أو إلى الكل لامابينهما فهما يقولان وجد العهد فى الأيام والشهور ، لأن الأيام تدور على سبعة والشهور على اثنى عشر ، فيصرف إليه وفى غيرهما لم يوجد فيستغرق العمر وهو يقول إن أكثر مايطلق عليه اسم الجمع عشرة وأقله ثلاثة ، فإذا دخلت عليه أل استغراق الجمع وهو العشرة لأن الكل من الأقل بمنزلة العام من الخاص والأصل فى العام العموم فحملنا عليه زيلعى (قوله لأنه أكثر مايذكر بلفظ الجمع) يعنى أن العشرة أقصى ماعهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين ، لأنه يقال ثلاثة رجال وأربعة رجال إلى عشرة رجال فإذا جاوز العشرة ذهب الجمع فيقال أحد عشر رجلا الخ ح عن البحر (قوله خمس سنين) لأن كل زمان ستة أشهر عند عدم النية فتح

(ومنكرها ثلاثة) لأنه أقل الجمع ما لم يوصف بالكثرة كما مر (حلف لا يكلم) عبيدا أو (عبيد فلان أو لا يركب دوابه أو لا يلبس ثيابه ففعل بثلاثة منها حنث إن كان له) أى لفلان (أكثر من ثلاثة) من كل صنف (وإلا) بأن كلم أقل من ثلاثة (لا) يحنث وتصح نية الكل (وإن كانت يمينه على زوجاته أو أصدقائه أو إخوته لا يحنث مالم يكلم الكل مما سمى) لأن المنع لمعنى فى هؤلاء فتعلقت اليمين بأعيانهم ، ولو لم يكن له إلا أخ واحد فإن كان يعلم به حنث وإلا لا كما فى الواقعات ، والحق فى النهر الأصدقاء والزوجات .

قلت : وهى من المسائل الأربع التى يكون فيها الجمع لواحد كما فى الأشباه . وأما الأطعمة والثياب والنساء فيقع على الواحد إجماعا لانصراف المعرف للعهد إن أمكن وإلا فللجنس ، ولو نوى الكل صح والله تعالى أعلم .

(قوله ومنكرها) أى منكر هذه الألفاظ (قوله كما مر) أى فى أيام كثيرة ويقاس عليها غيرها ط (قوله لايكلم عبيدا) أشار به إلى أنه لافرق بين المنكر والمضاف ط وإلى أنه لا غير فرق بين منكر هذه الألفاظ المارة ، ومنكر غيرها إذا لم يوصف بالكثرة ويأتيك قريبا تحقيق ذلك (قوله وتصح بانية الكل) أى قضاء وديانة لأنه نوى حقيقة كلامه كذا فى الزيادات وظاهر أنه لا يحنث بواحد بحر (قوله لأن المنع لمعنى فى هؤلاء) فإن الإضافة فيهم إضافة تعريف فتعلقت اليمين بأعيانهم فما لم يكلم الكل لا يحنث ، وفى الأول إضافة ملك لأنها لا تقصد بالهجران وإنما المقصود المالك ، فتناولت اليمين أعيانا منسوبة إليه وقت الحنث ، وقد ذكر النسبة بلفظ الجمع ، وأقله ثلاثة كذا فى الاختيار ونحوه فى البحر .

قلت : وهو مخالف للعرف فإن أهل العرف يريدون عدم الكلام مع أى زوجة منهن ومع من كان له صداقة مع فلان ط .

قلت: وقدمنا أول الأيمان قبيل قوله كل حل عليه حرام عن القنية إن أحسنت إلى أقربائك فأنت طالق فأحسنت إلى واحد منهم يحنث ولا يراد الجمع فى عرفنا اه (قوله فإن كان يعلم به) أى يعلم بأنه واحد حنث لأن الجمع قد يراد به الجنس كلا أشترى العبيد ، لكن الفرق هنا أن إخوة فلان خاص معهود بخلاف العبيد (قوله والحق فى النهر) أى بالإخوة بحثا والظاهر أنه لا خصوصية للأصدقاء والزوجات بل الأعمام ونحوهم والعبيد والدواب وغيرهم كذلك لما قلنا .

مطلب الجمع لا يستعمل لواحد إلا فى مسائل

(قوله من المسائل الأربع الخ) ذكرها فى شرحه على الملتقى آخر كتاب الوقف ، وزاد عليها حيث قال : فائدة الجمع لا يكون أى لا يستعمل للواحد إلا فى مسائل وقف على أولاده وليس له إلا واحد ، فله كل الغلة بخلاف بنيه وقف على أقاربه المقيمين ببلد كذا فلم يبق منهم إلا واحد .

حلف لا يكلم إخوة فلان وليس له إلا واحد. حلف لا يأكل ثلاثة أرغفة من هذا الحب أو الخبز وليس منه إلا رغيف واحد . حلف لا يكلم الفراء أو المساكين أو الناس أو بنى آدم وهؤلاء القوم أو أهل بغداد حنث بواحد كما فى الأطعمة والثياب والنساء ، ثم أطال فى ذلك وفى الكلام على المسألة الأولى ، وأنها مخالفة لما فى الخانية ثم وفق بينهما فراجعه وسيأتى إن شاء الله تعالى تمام الكلام عليها فى الوقف (قوله وأما الأطعمة والثياب الخ) أى إذا كانت معرفة بأل مثل لا آكل الأطعمة ولا ألبس الثياب بخلاف أطعمة زيد وثيابه فلا بد من الجمعية كما مر وقوله لانصراف المعرف للعهد الخ بيان لوجه الفرق .

باب اليمين فى الطلاق والعتاق

الأصل فيه أن الولد الميت ولد فى حق غيره لا فى حق نفسه

مطلب تحقيق مهم فى الفرق بين لا أكلم عبيد فلان أو زوجاته أو النساء أو نساء

أقول : والفرق بين هذه المسائل من المواضع المشكلة فلابد من بيانه فنقول : قال فى تلخيص الجامع وشرحه إن كلمت بنى آدم أو الرجال أو النساء حنث بالفرد إلا أن ينوى الكل إلحاقا للجمع المعرف بالجنس ، فيصدق قضاء ، ولا يحنث أبدا لأن الصرف إلى الأدنى عند الإطلاق لتصحيح كلامه إذ ليس فى وسعه إثبات كل الجنس ، وإذا نوى الكل فقد نوى حقيقة كلامه ، وأما الجمع المنكر كإن كلمت نساء فيحنث بالثلاث لأنه أدنى الجمع ، ولو نوى الزائد صدق قضاء وإن كان فيه تخفيف عليه ، لأن الزائد على الثلاث جمع حقيقة وله نية الفرد أيضا لجواز إرادته بلفظ الجمع نحو -إنا أنزلناه- لا نية المثنى اه وقد صرح الأصوليون بأن المعرف يصرف للعهد إن أمكن وإلا فللجنس لأن أل إذا دخلت على الجمع ، ولا عهد تبطل معنى الجمعية : كلا أشترى العبيد .

إذا علمت ذلك فنقول : إن الجمع المضاف إذا كان محصورا فهو من قسم المعرف المعهود ، فلا تبطل فيه الجمعية ولكن تارة يكتفى بأدنى الجمع كما فى عبيد فلان ودوابه وثيابه ، وتارة لابد من الكل كما فى زوجاته وأصدقائه وإخوته ، وقد مر الفرق . وأما إذا كان غير محصور مثل لا أكلم بنى آدم أو أهل بغداد ، أو هؤلاء القوم فإنه يكون للجنس لعدم العهد فيحنث بواحد ، ويشير إلى هذا الفرق ما فى منية المفتى ، وعن أبى يوسف إن كان له من العبيد ما يجمعهم بتسليم واحد لم يحنث حتى يكلم الكل وإن كانوا أكثر من ذلك فكلم واحدا حنث ، وكذا فى الثياب إن كان له منها ما يلبس بلبسة واحدة لا يحنث إلا بالكل وإن كان أكثر فبواحد اه فهذا صريح فى الفرق بين المضاف المحصور وغيره فصار المضاف المحصور مثل المعرف بأل المعهود لابد فيه من الجمعية وغير المحصور مثل المنكر والمعرف بأل غير المعهود يكتفى فيه بالواحد وعليه يخرج المسائل المارة عن شرح الملتقى ، وبه يظهر صحة ما أجاب به صاحب البحر فيمن حلف أن أولاد زوجته لا يطلعون بيته فطلع واحد بأنه لا يحنث ولابد من الجمع كما تقدم قبيل قول المصنف كل حل عليه حرام ، لكن كان المناسب أن يقول لابد من طلوع الكل ، لأنه مثل زوجات فلان لا مثل عبيده وتقدم الفرق ، لكن العرف الآن خلاف هذا كما ذكرناه قريبا وظهر أيضا أن مسألة الوقف الصواب فيها ما فى الخانية من التسوية بين الأولاد والبنين من أنه إذا لم يكن له إلا ولد واحد ، فالنصف له والنصف للفقراء إذ لا فرق بين قوله : على أولادى وقوله على بنى فإن كلا منهما جمع مضاف معهود بخلاف قوله على ولدى فإنه مفرد مضاف يشمل الواحد ، فكل الغلة له وبه يظهر أيضا أن الجمع المضاف المعهود إذا لم يوجد منه إلا فرد لا يبطل اللفظ بالكلية بل يبقى له مدخل فى الكلام وإلا لم يستحق الولد شيئا ولذا حنث فى لا أكلم إخوة فلان إذا لم يوجد غير واحد لكن هذا مع العلم وإلا كان المقصود هو الجمع لا غير كما مر فاغتنم تحقيق هذا المقام فإنه من مفردات هذا الكتاب والحمد لله على الإتمام والإنعام .

باب اليمين فى الطلاق والعتاق

(قوله الأصل فيه) أى فى مسائله أى بعضها ط (قوله أن الولد الميت) قيد بلفظ الولد إشارة إلى اشتراط أن يستبين بعض خلقه قال فى الفتح : ولو لم يستبن شئ من خلقه لم يعتبر (قوله ولد فى حق غيره) فتنقضى به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد ويقع به المعلق على ولادته ط أى من عتقها أو طلاقها مثلا (قوله لا فى حق نفسه)

وأن الأول اسم لفرد سابق ، والأخير لفرد لاحق والوسط لفرد بين العددين المتساويين وأن المتصف بأحدها لايتصف بالآخر للتنافى ولا كذلك الفعل لعدمه ، لأن الفعل الثانى غير الأول .

فلو قال آخر تزوج أتزوج فالتى أتزوجها طالق طلقت المتزوجة مرتين لأنه جعل الآخر وصفا للفعل وهو العقد وعقدها هو الآخر (أول عبد أشتريه حر فاشترى عبدا عتق) لما مر أن الأول اسم لفرد سابق وقد وجد (ولو اشترى عبدين معا ثم آخر فلا) عتق (أصلا) لعدم الفردية (فإن زاد) كلمة (وحده) أو أسود أو بالدنانير (عتق الثالث) عملا بالوصف (ولو قال : أول عبدأشتريه واحدا فاشترى عبدين ثم اشترى واحدا لايعتق الثالث) وأشار إلى الفرق بقوله (للاحتمال) أى لأن قوله واحدا يحتمل أن يكون حالا من العبد والمولى فلا يعتق بالشك

فلا يسمى ولايغسل ولايصلى عليه ، ولايستحق الإرث والوصية ولا يعتق اه شلبى وسيأتى مثال هذا الأصل فى قوله إن ولدت فأنت كذا حنث بالميت بخلاف فهوحر ط (قوله وأن الأول اسم لفرد سابق) فيه أن المعتبر عدم تقدم غيره عليه السابق يوهم وجود لاحق وهوغير شرط كمايأتى فالأوضح أن يقول والأول اسم لفرد لم يتقدمه غيره أفاده ط (قوله والأخير) كذافى البحر وفى نسخة والآخر بمد الهمزة وكسر الخاء بلا ياء وهى أولى ولايصح الفتح لصدقه على السابق وعلى اللاحق (قوله بين العددين المتساويين) كالثانى من ثلاثة والثالث من خمسة ولم يمثل المصنف له كالكنز ط وسيأتى بيانه (قوله بأحدها) أى أحد الثلاثة المذكورة وفى نسخة بضمير التثنية والأولى أولى (قوله لايتصف بالآخر) بالمد والكسر فلو قال : آخر امرأة أتزوجها طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم طلق الأولى ، ثم تزوجها ثم مات طلقت التى تزوجها مرة ، لأن التى أعاد عليها التزوج اتصفت بكونها أولى فلا تتصف بالآخرية للتضاد كما لو قال : آخر عبد أضربه فهو حر فضرب عبدا ثم ضرب آخر ثم أعاد الضرب على الأول ثم مات عتق المضروب مرة ح عن البحر (قوله لعدمه) أى لعدم التنافى بيانه أن الفعل يتصف بالأولية وإذا وقع ثانيا يتصف بالآخرية لكون الثانى غير الأول فإنه عرض لايبقى زمانين وإنما يعتبره الشرع باقيا كالبيع ونحوه إذا لم يعرض عليه ما ينافيه كفسخ وإقالة ، وإلا فهو زائل ومايوجد بعده فهو غيره حقيقة ، وإن كان عينه صورة فصح وصفه بالأولية والآخرية باعتبار الصورة وانتفى التنافى بين الوصفين باعتبار الحقيقة وذلك لكون الواقع آخرا غير الواقع أولا ولذا قال لأن الفعل الثانى غير الأول فافهم (قوله مرتين) ظرف للمتزوجة لالطلقت ح (قوله لعدم الفردية) أى فى العبدين ، وأما العبد فلعدم السبق فكان عليه أن يقول لعدم الفردية والسبق اه ح .

مطلب أول عبد أشتريه حر

(قوله عتق الثالث) أى فى المثال المذكور لأنه هو الموصوف بكونه أول عبد اشتراه وحده ولا يخرجه عن الأولية شراء عبدين معا قبله ، وكذا لو قال أول عبد أشتريه أسود أو بالدنانير فاشترى عبيدا بيضا أو بالدراهم ثم اشترى عبدا أسود أو بالدنانير عتق كما فى البحر ، ولا يلزم فى المشرى أو لا أن يكون جمعا كما لا يخفى (قوله وأشار إلى الفرق) أى بين وحده وبين واحدا (قوله للاحتمال الخ) هذا الفرق لشمس الأئمة ، ومقتضاه أنه لو نوى كونه حالا من العبد يعتق لكن عبر عنه فى الفتح بقيل ، والذى اقتصر عليه فى تلخيص الجامع الكبير ، وأوضحه قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وشراح الهداية وغيرهم هو أن الواحد يقتضى الانفراد فى الذات ، ووحده الانفراد فى الفعل المقرون به . ألا ترى أنه لو قال فى الدار رجل واحد كان صادقا إذا كان معه صبى أو امرأة بخلاف فى الدار رجل وحده فإنه كاذب فإذا قال : واحدا لايعتق الثالث لكونه حالا مؤكدة لم تفد غير ما أفاده لفظ أول ، فإن مفاده الفردية والسبق ومفادها التفرد فكان كما لو لم يذكرها ، أما إذا قال وحده فقد أضاف

وجوّز فى البحر جره صفة للعبد فهو كوحده وفى النهر رفعه خبر مبتدأ محذوف فهو كواحد .

(ولو قال : أول عبد أملكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق الكامل) وكذا الثياب بخلاف المكيلات والموزونات للمزاحمة زيلعى :

(قال : آخر عبد أملكه فهو حر فملك عبدا فمات الحالف لم يعتق) إذ لابد للآخر من الأول بخلاف العكس كالبعد لابد له من قبل بخلاف القبل (فلو اشترى) الحالف المذكور (عبدا ثم عبدا ثم مات) الحالف (عتق) الثانى

العتق إلى أول عبد لايشاركه غيره فى التملك والثالث بهذه الصفة وإن عنى بقوله واحدا معنى التوحد صدق ديانة وقضاء لما فيه من التغليظ ، فيكون الشرط حينئذ التفرد والسبق فى حالة التملك كما ذكره الفارسى فى شرح التلخيص وبما ذكر من الفرق علمت أنه لافرق بين النصب والجر بل ذكر فى تلخيص الجامع أن حقه الكسر كما فى بعض نسخ الجامع وذكر شارحه عن كافى النسفى أن الألف خطأ من بعض الكتاب (قوله فهو كوحده) أى فيعتق العبد الثالث ، ورده فى النهر بأن الجر كالنصب الفرق السابق :

قلت : ويؤيده مانقلنا عن تلخيص الجامع وشرحه (قوله وفى النهر الخ) فى بعض النسخ وجوز فى النهر الخ وعبارته ولم أر فى كلامهم الرفع على أنه خبرا لمبتدإ محذوف والظاهر أنه لايعتق أيضا كالنصف فتدبره اه (قوله فملك عبدا ونصف عبد) أى معا كما فى الفتح (قوله عتق الكامل) لأن نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه فى اسمه فلا يقطع عنه وصف الأولية والفردية كما لوملك معه ثوبا أو نحوه زيلعى (قوله وكذا الثياب) مثل أول ثوب أملكه فهو هدى فملك ثوبا ونصفا (قوله للمزاحمة) فإنه إذا قال أول كر أملكه فهو صدقة فملك كرا ونصف كر جملة لايلزمه التصدق بشىء ، لأن النصف الزائد على الكر مزاحم له يخرجه عن الأولية والفردية لأن الكر اسم لأربعين قفيزا وقد ملك ستين جملة نظيره أول أربعين عبدا أملكهم فهم أحرار فملك ستين لايعتق أحد ، فعلم أن النصف فى الكر يقبل الإنضمام إليه إذ لو أخذت أى نصف شئت ، وضممته إلى النصف الزائد يصير كرا كاملا ونصف العبد ليس كذلك زيلعى (قوله فمات الحالف) وكذا لايعتق او لم يمت بالأولى لأنه مادام حيا يحتمل أن يملك غيره (قوله إذ لابد للآخر من الأول الخ) قال فى الفتح : وهذه المسألة مع التى تقدمت تحقق أن المعتبر فى تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفى الأولية عدم تقدم غيره لاوجود آخر متأخر عنه ، وإلا لم يعتق المشترى فى قوله أول عبد أشتريه فهو حر إذا لم يشتر بعده غيره اه (قوله بخلاف القبل) فإذا قلت : جاء زيد قبل لايقتضى مجىء أحد بعده فان معناه أن أحدا لم يتقدمه فى المجىء ط :

قلت : والظاهر أن هذا فيما إذا كان قبل منصوبا منونا وإلا فهو مضاف تقديرا إلى شىء وجد بعده إلا أن يقال إنه لايلزم وجوده بعده ولو صرح بالمضاف إليه كجئت قبل زيد فليتأمل (قوله ثم مات الحالف) قيد به لأنه لايعلم أن الثانى آخر إلا بموت المولى ، لجواز أن يشترى غيره فيكون هو الآخر بحر :

قلت : وهذا إذا تناولت اليمين غير هذا العبد وكانت على فعل لايوجد بعد موت المولى ، ولم يؤقت وقتا لما فى شرح الجامع الكبير لو قال لامرأتين : آخر امرأة أتزوجها منكما طالق فتزوج امرأة ثم الأخرى طلقت الثانية فى الحال لاتصافها بالآخرية فى الحال ، واليمين لم يتناول غيرهما ، ولو قال لعشرة أعبد آخركم تزوجا حر فتزوج بإذنه عبد ثم عبد ثم تزوج الأول أخرى ثم مات المولى لم يعتق واحد منهم ، لأن بموته لم يتحقق الشرط لاحتمال أن يتزوج آخر بعد موت المولى ، فلم يكن آخرهم إلا إذا تزوج كلهم بإذنه فيعتق العاشر فى الحال بلاتوقف على موت المولى لأنه آخرهم ولا يتوهم زوال وصف الآخرية عنه وكذا لو ماتوا قبله سوى المتزوجين فيعتق الذى تزوج مرة ولو قال آخركم تزوجا اليوم حر عتق الثانى الذى تزوج مرة بمضى اليوم دون الأول الذى تزوج

(مستندا إلى وقت الشراء) فيعتبر من كل المال او الشراء فى الصحة وإلا فمن الثلث ، وعليه فلا يصير فارا لو علق البائن بالآخر خلافا لهما . وأما الوسط فنى البدائع : أنه لايكون إلا فى وتر فثانى الثلاثة وسط وكذا ثالث الخمسة وهكذا (إن ولدت فأنت كذا حنث بالميت) ولو سقطا مستبين الخلق وإلا لا (بخلاف فهو حر فولدت ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده) لبطلان الرق بالموت بخلاف الولد أو الولادة (البشارة عرفا اسم لخبر سار) خرج الضار ، فليس ببشارة عرفا بل لغة ومنه — فبشرهم بعذاب أليم — (صدق)

مرتين لأنه اتصف بالأولية فلا يتصف بالآخرية اه ملخصا وتمامه فيه (قوله مستندا إلى وقت الشراء) هذاعنده وعندهما يقع مقتصرا على حالة الموت ، فيعتبر من الثلث على كل حال لأن الآخرية لاتثبت إلا بعدم شراء غيره بعده ، وذلك يتحقق بالموت فيقتصر عليه . وله أن الموت معرف فأما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا بحر (قوله لو علق البائن بالآخر) كقوله : آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا ، فعنده يقع منذ تزوجها وإن كان دخل بها فلها مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا حداد ولاترث منه وعندهما يقع عند الموت وترث لأنه فار ولها مهر واحد وعليها العدة أبعد الأجلين من عدة الطلاق والوفاة وإن كان الطلاق رجعيا فعليها الوفاة وتحد كما فى البحر (قوله وأما الوسط الخ) فإذا اشترى ثلاثة أعبد متفرقين ثم مات عتق الثانى عند الموت عندهما ، وعند الإمام عتق مستندا إلى وقت شراء الثالث ، لأنه اكتسب اسم الوسط فى نفس الأمر عند شراء الثالث ، وعرفنا ذلك بموت السيد قبل أن يشترى رابعا وأما قبل الثالث فلم يكتسب الثانى اسم الوسط لاعندنا ولا فى نفس الأمر ، فلا يستند العتق إلى وقت شراء الثانى ، بخلاف ماإذا قال : آخر عبد أملكه فهو حر ، ثم اشترى عبدين متفرقين ، ثم مات حيث يعتق الثانى مستندا إلى وقت شرائه عند الإمام ، لأنه اكتسب اسم الآخر بالشراء فى نفس الأمر ، وعرفنا ذلك بموت السيد قبل أن يشترى عبدا آخر هذا ماظهر لى فتأمل وراجع اه ح :

قلت : وهو بحث جيد والقواعد له تؤيد وفى التلخيص وشرحه للفارسى : لو قال كل مملوك أملكه حر إلا الأوسط فملك عبدا عتق فى الحال لامتناع الأوسطية فيه حالا ومآلا فلو ملك ثانيا ثم ثالثا لم يعتق واحد منهما لأن الثانى صار أوسط بشراء الثالث ، والثالث يحتمل أن يصير أوسط بملك خامس وإنما يعتق الثانى إذا انتفت عنه الأوسطية بأن ملك رابعا فيعتق حين ملك الرابع وهلم جرا والأوسطية تزول بموت المولى عن شفع كالاثنين والأربعة والستة وتتحقق بموته عن وتر كثلاثة أو خمسة أو سبعة ونحوها فيعتقون إلا أوسطهم وتمامه هناك (قوله مستبين الخلق) أى ولو بعض الخلق كما قدمناه (قوله وإلا) أى وإن لم يستبن .

مطلب إن ولدت فأنت كذا حنث بالميت بخلاف فهو حر

(قوله عتق الحى وحده) أى عند الإمام وعندهما لايعتق أحد ، لأن الشرط تحقق بولادة الميت ، فتنحل اليمين لاإلى جزاء لأن الميت ليس بمحل للحرية وله أن مطلق الاسم تقيد بوصف الحياة لأنه قصد إثبات الحرية له وعلى هذا الخلاف أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتا ثم حيا أفاده فى البحر (قوله لبطلان الرق الخ) هذا تعليل من طرفهما لغير مذكور فى كلام الشارح وهو مالو قال أول عبد يدخل علىّ فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم آخر حى عتق الحى إجماعا على الصحيح والعذر لهما أن العبودية بعد الموت لاتبقى لأن الرق يبطل بالموت بخلاف الولد فى أول ولد تلدينه والولادة فى إن ولدت لتحققهما بعد الموت أفاده ح (قوله بل لغة الخ) قال فى النهر ولا تختص لغة بالسار بل قد تكون فى الضار أيضا ومنه — فبشرهم بعذاب أليم — ودعوى المجاز مدفوعة بمادة الاشتقاق إذ لاشك

خرج الكذب فلا يعتبر (ليس للمبشر به علم) فيكون من الأول دون الباقين (فلو قال كل عبد بشرنى بكذا فهو حر فبشره ثلاثة متفرقون عتق الأول فقط) لما قلنا، وتكون بكتابة ورسالة مالم ينو المشافهة فتكون كالحديث، ولو أرسل بعض عبيده عبدا آخر إن ذكر الرسالة عتق المرسل وإلا الرسول (وإن بشروه معا عتقوا) لتحققها من الكل بدليل — فبشروه بغلام عليم — (و) البشارة (لافرق فيها بين) ذكر الباء وعدمها بخلاف الخبر فإنه يختص بالصدق مع الباء كما مر فى الباب قبله (والكتابة كالخبر) فيما ذكر (والإعلام) لابد فيه من الصدق ولو بلا باء (كالبشارة) لأن الإعلام إثبات العلم والكذب لايفيده بدائع .

قاعدة (النية إذا قارنت علة العتق) الاختيارية كالشراء مثلا بخلاف الإرث

أن الإخبار بمايخافه الإنسان يوجب تغير البشرة أيضا اهـ. أقول : لامنافاة بين ماقاله من أنها حقيقة فى خبر يغير البشرة وبين تقرير البيانيين الاستعارة التهكمية فى الآية لأنه نظر فيما قاله إلى أصل اللغة وهم نظروا إلى عرف اللغة وكم لفظ اختلف معناه فى أصلها وعرفها كالدابة فإنها اسم لما يدب على الأرض فى أصل اللغة وخصت فى عرفها بذوات الأربع وكاللفظ فإن معناه فى أصل اللغة الرمى ثم خص فى عرفها بما يطرحه الفم كما فى رسالة الوضع اهـ ح .

وحاصله : أنه منقول لغوى فيصح إطلاق لفظ الحقيقة والمجاز عليه باختلاف الاعتبار كما أوضحه فى التلويح فى أول التقسيم الثانى فى استعمال اللفظ فى المعنى (قوله خرج الكذب) فلا يعتبر . وأورد أنه يظهر به فى بشرة الوجه الفرح والسرور باعتبار الظاهر وأجيب بأنه إذا ظهر خلافه يزول لكن فى الفتح أن الوجه فيه نقل اللغة والعرف (قوله فيكون) أى التبشير أو الضمير عائد للخبر الذى عاد إليه ضمير به .

مطلب كل عبد بشرنى بكذا حر

(قوله من الأول) أى من المخبر الأول دون الباقين أى المخبرين بعده فى المثال الآتى قال فى الفتح : وأصله ماروى أنه عليه الصلاة والسلام مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال عليه الصلاة والسلام : «من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد» فابتدر إليه أبو بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما بالبشارة فسبق أبو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر (قوله لما قلنا) من أن المبشر هو الأول دون الباقين (قوله فتكون كالحديث) أى فلا يعتق بالكتابة والرسالة لما مر فى الباب السابق أن الحديث لايكون إلا باللسان (قوله إن ذكر الرسالة) بأن قال له إن فلانا يقول لك إن فلانا قدم كما فى البحر فالمعتبر فى الرسالة إسناد الكلام إلى المرسل بلا اشتراط ذكر مادة الرسالة (قوله وإلا الرسول) أى وإن لم يذكر الرسالة، وإنما قال له إن فلانا قدم من غير إسناد إلى المرسل عتق الرسول (قوله عتقوا) وإن قال عنيت واحدا لم يصدق قضاء بل ديانة فيسعه أن يختار واحدا فيمضى عتقه ويمسك البقية ط عن الهندية (قوله فبشروه) كذا وقع للزيلعى والكمال وصاحب البحر والتلاوة بالواو ط (قوله والإعلام لابد فيه من الصدق) كان عليه أن يزيد وجهل الحالف كما قدمناه عن التلخيص فى الباب السابق لأن الإعلام لايكون للعالم وقدمنا أن ماذكره هنا من اشتراط الصدق فى الإعلام والبشارة مخالف لما قدمه هناك تبعا للفتح والبحر من عدم اشتراطه إذا كانا بدون باء وأن ماهنا مذكور فى التلخيص (قوله والكذب لايفيده) لأن العلم الجزم المطابق للحق والكذب لامطابقة فيه ط .

مطلب النية إذا قارنت علة التكفير

(قوله النية الخ) أى نية العتق عن الكفارة وقد ذكروا هذه القاعدة هنا لمناسبة تعليق العتق بالشراء فإنه يمين وإلا فالمناسب لها كفارة الظهار أو كفارة اليمين (قوله كالشراء) أى شراء القريب : أى إذا نواه عن كفارته أجزأه

لأنه جبرى (و) الحال أن (رق المعتق كامل صح التكفير وإلا) بأن لم تقارن العلة أو قارنتها والرق غير كامل كأم الولد (لا) يصح التكفير :

ثم فرع عليها بقوله (فصح شراء أبيه للكفارة) للمقارنة (لاشراء من حلف بعتقه) لعدمها (ولا شراء مستولدة بنكاح علق عتقها عن كفارته بشرائها) لنقصان رقها (بخلاف ماإذا قال لقنة : إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمينى فاشتراها) حيث تجزيه عنها للمقارنة كاتهاب ووصية ناويا عند القبول ، بخلاف إرث لما مر زيلعى (وعتقت بقوله إن تسريت أمة فهى حرة من تسراها وهى ملكه حينئذ) أى حين حلفه لمصادفتها الملك

عندنا خلافا لزفر والأئمة الثلاثة ، وهو قول أبى حنيفة أولا بناء على أن علة العتق عندهم القرابة لا الشراء : ولنا أن شراء القريب إعتاق لما روى الستة إلا البخارى أنه صلى الله عليه وسلم قال « لن يجزى ولدعن والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » يريد فيشتريه فيعتق عند ذلك الشراء ، وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من أن المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فأرواه والترتيب بالفاء يفيد العلية على ماعرف مثل سها فسجد وتمامه فى الفتح (قوله لأنه جبرى) فإن الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا تتصور النية فيه(١)فلا يعتق عن كفارته إذا نواه لأنها نية متأخرة عن العتق بخلاف ماإذا ملكه بهبة أو وصية ناويا عند القبول كما يأتى (قوله بأن لم تقارن) أى النية العلة أى علة التكفير كما ذكرنا فى الإرث ، وكما يأتى (قوله ثم فرع عليها) أى على القاعدة المذكورة (قوله فصح شراء أبيه) أى ونحوه من كل قريب محرم (قوله لاشراء من حلف بعتقه) كقوله لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناويا عن التكفير لايجزيه ، لعدمها أى عدم المقارنة للنية ، فإن علة العتق قوله فأنت حر والشراء شرط والعتق وإن كان ينزل عند وجود الشرط لكنه إنما ينزل بقوله : أنت حر السابق، فإنه العلة والشراء شرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده ، لأن النية شرط متقدم لامتأخر حتى لوكان نوى عند الحلف يعتق عنها كما يأتى وتمامه فى الفتح (قوله ولا شراء مستولدة الخ) أى إذا تزوج أمة لغيره فأولدها بالنكاح ثم قال لها إذا اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمينى ثم اشتراها لاتجزيه عن الكفارة (قوله لنقصان رقها) لأنها استحقت العتق بالاستيلاد ، حتى جعل إعتاقا من وجه ، ولذا لايجزى إعتاقها عن الكفارة ولو منجزا ، ولكن أراد الفرق بينها وبين القريب لأن شراءه إعتاق من كل وجه ، لأنه لم يثبت له قبل الشراء عتق من وجه أفاده فى الفتح (قوله بخلاف الخ) مرتبط بقوله ولا شراء مستولدة (قوله للمقارنة) تعليل قاصر ، فإن المقارنة موجودة فى المستولدة أيضا وإنما وجه المخالفة مافى الفتح وهو أن حرية القنة غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل إضافة العتق إلى الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب (قوله كاتهاب الخ) كان عليه أن يذكره بعد قول المتن فصح شراء أبيه للكفارة بأن يقول : وكذا إذا وهب له أو تصدق عليه به أو أوصى له به ناويا عند القبول ح وهذه الثلاثة ذكرها فى البحر بحثا وزاد أو جعل مهرا لها مع أن الثلاثة فى الفتح والزيلعى :

مطلب إن تسريت أمة فهى حرة

(قوله إن تسريت أمة) أى اتخذتها سرية فعلية منسوبة إلى السر وهو الجماع أو الإخفاء (قوله لمصادفتها الملك) أى لمصادفة الحلف وأعاد عليه الضمير مؤنثا لأن الحلف بمعنى اليمين : وهى هنا التعليق أى لوقوعها فى حالة الملك

---

(١) (قوله فلا تتصور النية فيه الخ) هذا غير ظاهر والتعليل الواضح مانقله شيخنا عن بعضهم وهو أن الحانث أو المظاهر مثلا خاطبه الشارع بالإعتاق وهو فعل اختيارى ولم يوجد فى المملوك بالإرث لأنه جبرى اه .

(لا) يعتق (من شراها فتسراها) ويثبت التسرى بالتحصين والوطء ، وشرط الثانى عدم العزل فتح (ولو قال إن تسريت أمة فأنت طالق أو عبدى حر فتسرى بمن في ملكه أو من اشتراها بعد التعليق طلقت وعتق) وأفاد الفرق بقوله (لوجود الشرط) بلا مانع لصحة تعليق طلاق المنكوحة بأى شرط كان فليحفظ (كل مملوك لى حر عتق عبيده ومدبروه) ويدين فى نية الذكور لا الإناث (وأمهات أولاده)

فهو كقوله : إن ضربت أمة فهى حرة فضرب أمة فى ملكه عتقت بخلاف من ملكها بعد التعليق (قوله لايعتق من شراها فتسراها) أى عندنا خلافا لزفر فإنه يقول التسرى لايصح إلا فى الملك فكان ذكره ذكر الملك. ولنا أنه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس فى الملك بغير الملك وسببه لأن التسرى ليس نفس الملك ولا سببه وتمام تحقيق ذلك فى الفتح (قوله ويثبت التسرى بالتحصين والوطء) التحصين أن يبوئها بيتا ويمنعها من الخروج أفاده مسكين ط ، فلو وطئ أمة له ولم يفعل ماذكر من التحصين والإعداد للوطء لايكون تسريا وإن علقت منه فتح .

وأفاد قول الشارح : والوطء أنه لابد منه فلا يكفى الإعداد له بدونه فى مفهوم التسرى وهذا نبه عليه فى النهر أخذا من قولهم لو حلف لايتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ثم قال إنهم أغفلوا التنبيه عليه اهـ .

قلت : لكن صرح به ابن كمال فقال وشرط فى الجامع الكبير شرطا ثالثا وهو أن يجامعها (قوله وشرط الثانى) أى مع ذلك فتح أى مع المذكور من الشرطين (قوله طلقت وعتق) أى طلقت امرأته المعلق طلاقها على التسرى وعتق عبده المعلق عتقه عليه ، والمراد به العبد الذى كان فى ملكه وقت الحلف دون المشرى بعده كما فى الفتح والنهر أى لأن قوله فعبدى حر ينصرف إلى العبد المضاف إليه وقت الحلف دون الحادث بعده كما مر فى كتاب الإعتاق فى باب الحلف بالعتق ومثله يقال فى الزوجة (قوله وأفاد الفرق الخ) أى بين تعليق عتق الأمة الغير المملوكة وقت الحلف على تسريها ، وبين تعليق عتق عبده الذى فى ملكه أو طلاق زوجته على تسرى أمة ، وإن لم تكن فى ملكه وقت الحلف حيث صح الثانى دون الأول ، وبيان الفرق أن الأول لم يصح للمانع وهو تعليق عتق من ليس فى الملك بغير الملك وسببه كما مر ، أما الثانى فقد صح لعدم المانع لكونه تعليق عتق عبد أو طلاق زوجة فى ملكه وقت الحلف ، وذلك جائز بأى شرط كان كدخول الدار وغيره من الشروط ، ومنها تسرى أمة فى ملكه وقت الحلف أو مستجدة بعده ، وهذا الفرق ظاهر خلافا لبعض معاصرى صاحب البحر حيث قاس الثانى على الأول فإنه غلط فاحش كما نبه عليه فى البحر والنهر والشرنبلالية وأشار إليه المصنف بتصريحه بتعليله ولذا أمر الشارح بحفظه .

مطلب كل مملوك لى حر

(قوله كل مملوك لى حر) هذه المسائل إلى آخر الباب ليست من الأيمان ، لعدم التعليق فيها فالأولى بها أبوابها اهـ ح .

قلت : ولعلهم ذكروها هنا لبيان حكمها إذا وقعت جزاء فى التعليق ثم رأيت ط ذكره (قوله عتق عبيده ومدبروه) أى الإماء والذكور فتح (قوله ويدين فى نية الذكور) أى ولايصدق قضاء لأنه نوى التخصيص فى اللفظ العام ، ولو نوى السود دون غيرهم لايصدق أصلا ، لأنه نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه ولاعموم إلا للفظ ، فلا تعمل نيته بخلاف الذكور فإن لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لأنه تعميم مملوك ، وهو الذكر وإنما يقال للأنثى مملوكة ، ولكن عند الإطلاق يستعمل لها المملوك عادة يعنى إذا عمم مملوك بادخال كل

لملكهم يدا ورقبة (لامكاتبه إلا بالنية ومعتق البعض كالمكاتب) لعدم الملك يدا ، وفى الفتح : ينبغى فى كل مرقوق لى حر أن يعتق المكاتب لاأم الولد إلابالنية (هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وخير فى الأولين ، وكذا العتق والإقرار) لأن أو لأحد المذكورين، وقد أدخلها بين الأولين وعطف الثالث على الواقع منهما فكان كإحدا كما طالق وهذه ولا يصح عطف هذه على هذه الثانية للزوم الإخبار عن المثنى بالمفرد

ونحوه شمل الإناث حقيقه فلذاكان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر ، فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لايصدق أصلا فتح :

قلت : وتقدم فى باب الحلف بالعتق من كتاب العتق أنه لو قال مماليكى كلهم أحرار لم يدين فى نية الذكور لأنه جمع مضاف يعم مع احتمال التخصيص ، وقد ارتفع الاحتمال بالتأكيد بخلاف كل مملوك ، فإن الثابت فيه أصل العموم فقط فقبل التخصيص وقدم الشارح هناك أن لفظ المملوك والعبد يتناول المدبر والمرهون والمأذون على الصواب أى خلافا للمجتبى فى الأخيرين (قوله لملكهم يدا ورقبة) عائد للكل وهو من إضافة المصدر لمفعوله أى لكونهم مملوكين له يدا أى أكسابا ورقبة (قوله ومعتق البعض كالمكاتب) أى فى أنه لايدخل فى المملوك لا أنه مثله فى الدخول فى المرقوق أيضا لأن كلا من الملك والرق ناقص فى معتق البعض فلا يدخل فى المملوك ولا فى المرقوق اهـ ح :

قلت : وتقدم فى العتق أن المشترك كالمكاتب أيضا لايدخل إلا بالنية وتقدم تمام الكلام عليه (قوله لعدم الملك يدا) أى لعدم ملك المولى مافى يد المكاتب ، فصار الملك ناقصا فلا يدخل فى المملوك المطلق ، وكذا معتق البعض والمشترك لما علمت (قوله أن يعتق المكاتب) لأن الرق فيه كامل فتح (قوله لا أم الولد) لنقصان رقها بالاستيلاد ط :

مطلب لايكلم هذا الرجل وهذا وهذا

(قوله هذه طالق الخ) كان الأنسب بهذا الباب ذكر ما لو حلف لايكلم هذا الرجل أو هذا وهذا ففى تلخيص الجامع وشرحه : أنه يحنث بكلام الأول ، أو بكلام الأخيرين ، لأن أو لأحد الشيئين ، ولو كلم أحد الأخيرين فقط لايحنث مالم يكلم الآخر ، ولو عكس فقال : لا أكلم هذا وهذا أوهذا حنث بكلام الأخير أو بكلام الأولين ، لأن الواو للجمع وكلمة أو بمعنى ولا لتناولها نكرة فى النفى فتعم كما فى قوله تعالى — ولا تطع منهم آثما أوكفورا — أى ولا كفورا ففى الأول جمع بين الأخيرين بحرف الجمع فصاركأنه قال لاأكلم هذا ولاهذين وفى الثانى جمع بين الأولين بحرف الجمع كأنه قال لا أكلم هذين ولاهذا اهـ وذكر الفرق بينه وبين مافى المتن إن هذا فى النفى وذاك فى الإثبات فلا يعم ونحوه فى البحر (قوله والإقرار) كما لو قال لفلان : على ألف درهم أو لفلان وفلان لزمه خمسمائة للأخير وله أن يجعل خمسمائة لأى الأولين شاء ، فإن مات من غير بيان اشترك فى الخمسمائة الأولان ح (قوله على الواقع منهما) أى على الثابت من الأولين وهو الواحد المبهم ، ولذا قال فى التلويح إن المعطوف عليه هو المأخوذ من صدر الكلام لا أحد المذكورين بالتعيين اهـ (قوله ولايصح الخ) قال فى التلويح وقيل إنه لايعتق أحدهم فى الحال وله الخيار بين الأول والأخيرين ، لأن الثالث عطف على ماقبله والجمع بالواو كالجمع بألف التثنية فكأنه قال هذا حر وهذان كما إذا حلف لايكلم هذا أو هذا وهذا وأجاب شمس الأئمة بأن الخبر المذكور ، وهو حر لايصلح خبرا للاثنين ، ولاوجه لإثبات خبر آخر ، لأن العطف للاشتراك فى الخبر أو لإثبات خبر آخر مثله لالإثبات مخالف له لفظا بخلاف مسألة اليمين ، لأن الخبر يصلح للاثنين يقال : لاأكلم

وهذا إذا لم يذكر للثانى والثالث خبر (فإن) ذكر بأن (قال هذه طالق أو هذه وهذه طالقتان أو قال هذا حر أو هذا وهذا حران) فإنه (يعتق) أحد (ولا تطلق) بل يخير (إن اختار) الإيجاب (الأول عتق) الأول (وحده وطلقت) الأولى (وحدها وإن اختار الإيجاب الثانى عتق الأخيران وطلقت الأخيرتان) حلف لايساكن فلانا فسافر الحالف فسكن فلان مع أهل الحالف حنث عنده لاعند الثانى وبه يفتى ، قال لعبده إن لم تأت الليلة حتى أضربك فأتى فلم يضرب به حنث عند الثانى لاعند الثالث وبه يفتى

هـذا أولا أكلم هذين وجعل صدر الشريعة هذا الجواب سببا للأولوية والرجحان لاللامتناع ، لأن المقدر قد يغاير المذكور لفظا كما فى قولك هند جالسة وزيد وقول الشاعر :

نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض والرأى مختلف

اه ملخصا وتمامه فيه .

وأجاب صدر الشريعة فى التنقيح بجواب آخر : وهو أن قوله أو هذا مغير لمعنى قوله هذا حر ثم قوله وهذا غير مغير لأن الواو للتشريك فيقتضى وجود الأول ، وإنما يتوقف أول الكلام على المغير لاعلى ماليس بمغير فيثبت التخيير بين الأول والثانى بلا توقف على الثالث . فصار معناه أحدهما حر ثم قوله وهذا يكون عطفا على أحدهما اه .

قلت : وهذا أظهر من الجواب الأول لشموله صورة الإقرار دون الأول لأنه لايختلف فيها تقدير الخبر فتدبر (قوله وهذا إذا لم يذكر الثانى والثالث خبرا) صادق بعدم ذكر خبر أصلا وبذكر خبر للثالث فقط بأن يقول هذه طالق أو هـذه وهذه طالق ذكره مسكين ط (قوله بأن قال الخ) والظاهر أن الإقرار كذلك كما إذا قال لهذا ألف درهم أولهذا وهذا ألف درهم ط (قوله حلف لايساكن فلانا) محل هذه المسألة باب اليمين فى الدخول والخروج والسكنى وقدمها الشارح بعينها هناك ح (قوله وبه يفتى) لأنه لم يساكنه حقيقة كما قدمه الشارح (قوله قال لعبده الخ) سيذكر الشارح هذا الفرع فى محله وهو باب اليمين بالضرب والقتل .

مطلب فى استعمال حتى للغاية وللسببية وللعطف

(قوله وبه يفتى) لأن حتى للتعليل والسببية لاللغاية وفى الذخيرة أن حتى فى الأصل للغاية إن أمكن ، بأن يكون مدخولها مقصودا ومؤثرا فى إنهاء المحلوف عليه وفى تركه فإن لم يمكن حملت على السببية وشرطها كون العقد معقودا على فعلين : أحدهما منه ، والآخر من غيره ليكون أحدهما جزاء عن الآخر فإن تعذر حملت على العطف ، ومن حكم الغاية اشتراط وجودها فإن أقلع عن الفعل قبل الغاية حنث وفى السببية اشتراط وجود مايصلح سببا لاوجود المسبب وفى العطف اشتراط وجودهما .

مطلب إن لم أخبر فلانا حتى يضربك

فإذا قال إن لم أخبر فلانا بما صنعت حتى يضربك فعبدى حر فشرط البر الإخبار فقط ، وإن لم يضربه ، لأنه مما لايمتد فلا يمكن حملها على الغاية ، وأمكنت السببية ، لأن الإخبار يصلح سببا للضرب كأنه قال إن لم أخبره بصنعك ليضربك كما لو حلف ليهبن له ثوبا حتى يلبسه أودابة حتى يركبها فوهبه بر وإن لم يلبس ولم يركب .

اختلف فى إلحاق الشرط باليمين المعقود بعد السكوت فصححه الثانى وأبطله الثالث وبه يفتى فلا حنث فى إن كان كذا فكذاوسكت ثم قال ولا كذا ثم ظهر أنه كان كذا خانية :

باب اليمين فى البيع والشراء والصوم والصلاة وغيرها

الأصل فيه أن كل فعل تتعلق حقوقه بالمباشر كبيع وإجارة لاحنث بفعل مأموره

مطلب إن لم أضربك حتى يدخل الليل

وإذا قال إن لم أضربك حتى يدخل الليل أو حتى يشفع لك فلان أو حتى تصيح فأقلع عن الضرب قبل ذلك حنث لأن ذلك يصلح غاية للضرب وكذا إن لم ألازمك حتى تقضينى دينى :

مطلب إن لم آتك حتى أتغدى

وإذا قال عبده حر إن لم آتك اليوم حتى أتغدى عندك أو حتى أغديك أوحتى أضربك، فشرط البر وجودهما إذ لاتمكن الغاية ، لأن الإتيان لايمتد ولاالسببية لأن الفعلين من واحد وفعل الإنسان لايصلح جزاء لفعله ، فحمل على العطف وصار التقدير إن لم آتك وأتغدى عندك ، وإن لم يقيد باليوم فأتاه فلم يتغد عنده ، ثم تغدى عنده فى يوم آخر من غير أن يأتيه بر لأنه لما أطلق لافرق بين وجود شرطى البر معا أو متفرقا اه ملخصا .

مطلب لايلتحق الشرط بعد السكوت سواء كان له أو عليه

(قوله اختلف فى لحاق الشرط الخ) الخلاف فيما إذا كان الشرط عليه كالمثال الآتى أما إذا كان له لايلحق بالإجماع كقوله : إن دخلت هذه الدار ، فأنت طالق فسكت سكتة ثم قال : وهذه الدار ، لأن الثانية لو لحقت باليمين لاتطلق بدخول الأولى وحدها ، ولا يملك تغيير اليمين كذا فى الذخيرة ومثله فى البزازية وكذا قال فى الخانية لايصح فى قولهم اه .

والحاصل : أنه على المفتى به لايلحق مطلقا سواء كان له أو عليه (قوله بعد السكوت) متعلق بلحاق (قوله فلا حنث فى إن كان كذلك الخ) مثاله مافى الخانية رجل قال لجاره : إن امرأتى كانت عندك البارحة فقال الجار إن كانت امرأتك عندى البارحة فامرأتى طالق فسكت ساعة ثم قال ولاغيرها ثم ظهر أنه كان عند الحالف امرأة أخرى :

باب اليمين فى البيع والشراء والصوم والصلاة وغيرها

(قوله وغيرها) كالمشى واللبس والجلوس ط (قوله الأصل فيه الخ) ذكر فى الفتح أصلا أظهر من هذا وهو أن كل عقد ترجع حقوقه إلى المباشر ، ويستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد إلى الموكل لايحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكما ، فلا يحنث بفعل غيره لذلك ، وذلك كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والصلح عن مال ، والمقاسمة وكذا الفعل الذى يستناب فيه ويحتاج للوكيل إلى نسبته للموكل كالمخاصمة فإن الوكيل يقول أدعى لموكلى ، وكذا الفعل الذى يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث فى شىء من هذه بفعل المأمور وكل عقد لاترجع (١) حقوقه إلى المباشر بل هو سفير وناقل

---

(١) قوله (لاترجع) أى حقوقه إلى المباشر كما هو صريح عبارة الفتح اه مصححه .

وكل ما تتعلق حقوقه بالآمر كنكاح وصدقة وما لاحقوق له كإعارة وإبراء يحنث بفعل وكيله أيضا لأنه سفير ومعبر (يحنث بالمباشرة) بنفسه (لا بالأمر إذا كان ممن يباشر بنفسه فى البيع) ومنه الهبة بعوض ظهيرية (والشراء) ومنه السلم والإقالة قيل والتعاطى

عبارة يحنث فيه بمباشرة المأمور كما يحنث بفعله بنفسه كالتزوج والعتق بمال أو بدونه والكتابة والهبة والصدقة والوصية والاستقراض والصلح عن دم العمد والإيداع والإستيداع والإعارة والإستعارة وكذا كل فعل ترجع مصلحته إلى الآمر كضرب العبد والذبح وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار اه ملخصا (قوله تتعلق حقوقه بالمباشر) خرج عنه المخاصمة وضرب الولد فإنه لايحنث فيهما بفعل المأمور مع أنه ليس فى ذلك حقوق تتعلق بالمباشر فالمناسب تعبير الفتح المار (قوله كنكاح وصدقة) أما النكاح فكون حقوقه تتعلق بالآمر ظاهر ، ولذا ينسبه المباشر إلى آمره ، فيطالب الآمر بحقوقه من مهر ونفقة وقسم ونحوه ، وأما الصدقة فلم يظهر لى فيها ذلك ، وكذا الهبة ولعل المراد بالحقوق فيهما صحة الرجوع للآمر فى الهبة وعدم صحته فى الصدقة نعم سيأتى فى كتاب الوكالة أنه لابد من إضافتهما إلى الموكل ، وكذا بقية المذكورات فى قول الفتح المار وكل عقد لاترجع إلى المباشر الخ ونذكر قريبا الكلام عليه (قوله ومالا حقوق له) يشمل نحو المخاصمة وضرب الولد مع أنه لايحنث فيهما بفعل وكيله تأمل (قوله يحنث بفعل وكيله أيضا) أى كما يحنث بفعل نفسه والأولى إبدال وكيله بمأموره لما سيأتى ، وللتعليل بأنه سفير ومعبر فإن ذلك صفة الرسول ، لأنه يعبر عن المرسل لكن يطلق عليه وكيل لما فى المغرب السفير الرسول المصلح بين القوم ومنه قولهم : الوكيل سفير ومعبر يعنى إذا لم يكن العقد معاوضة : كالنكاح ، والخلع ، والعتق ونحوها لايتعلق به شىء ولايطالب بشىء اه (قوله يحنث بالمباشرة) شمل مالو كان المباشر أصيلا أو وكيلا إذا حلف لايبيع أو لايشترى الخ أفاده فى الفتح (قوله لابالأمر) أى لايحنث بأمره لغيره بأن يباشر عنه يعنى وقد باشر المأمور (قوله ممن يباشر بنفسه) أى دائما أو غالبا كما يأتى (قوله ومنه الهبة بعوض) فلو حلف لايبيع فوهب بشرط العوض ينبغى أن يحنث كذا فى القنية ، وبه جزم فى الظهيرية ، ولو حلف لايبيع داره فأعطاها صداقا لامرأته إن أعطاها عوضا عن دراهم المهر حنث لا إن تزوج عليها اه نهر فإذا دخل ذلك تحت اسم البيع لزم منه إعطاء حكمه ، وهو أنه لايحنث بفعل مأموره ويكون القابل له مشتريا فيدخل فى قوله لاأشترى حتى يحنث أيضا بالمباشرة لا بالأمر كما أفاده ح فافهم (قوله ومنه السلم) فلو حلف أن لايشترى من فلان فأسلم إليه فى ثوب حنث ، لأنه اشترى مؤجلا بحر عن الواقعات .

قال ح : وإذا كان المسلم مشتريا يجب أن يكون المسلم إليه بائعا اه . فلا يحنثان إلا بالمباشرة ط (قوله والإقالة) أى فيما لو حلف لا يشترى ما باعه ، ثم أقال المشترى حنث كما عزاه فى البحر للقنية وفيه عن الظهيرية لو كانت بخلاف الثمن الأول قدرا أو جنسا حنث قيل : هذا قولهما أما عنده فلا لكونه إقالة على كل حال اه ومقتضاه أنها لو كانت بعين الثمن الأول لايحنث عند الكل ووجهه أن الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق غيرهما ، وهذا إذا لم تكن بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد وإلا لم تجعل بيعا ولا بلفظ البيع ، وإلا فبيع إجماعا كما سيأتى فى بابها وهل يقال لو الحلف بعتق أو طلاق تجعل بيعا فى حق ثالث ، وهو هنا العبد أو المرأة فيحنث بها لم أر من صرح به وينبغى الحنث تأمل ولا يخفى أنه إن وجد عرف عمل به (قوله قيل والتعاطى) يفيد ضعفه ونقل فى النهر عن البدائع تأييد عدم الحنث فى البيع بالتعاطى ، والظاهر أن الشراء مثله فيفيد ترجيح عدم

شرح وهبانية (والإجارة والاستئجار) فلو حلف لايؤجر وله مستغلات آجرتها امرأته وأعطته الأجرة لم يحنث كتركها فى أيدى الساكنين وكأخذه أجرة شهر قد سكنوا فيه بخلاف شهر لم يسكنوا فيه ذخيرة (والصلح عن مال) وقيده بقوله (مع الإقرار) لأنه مع الإنكار سفير والقسمة (والخصومة وضرب الولد) أى الكبير لأن الصغير يملك ضربه فيملك التفويض فيحنث بفعل وكيله كالقاضى (وإن كان) الحالف (ذا سلطان) كقاض وشريف (لايباشر هذه الأشياء) بنفسه حنث بالمباشرة (وبالأمر أيضا) لتقيد اليمين بالعرف وبمقصود الحالف (وإن كان يباشر مرة ويفوض أخرى اعتبر الأغلب) وقيل تعتبر السلعة ، فلو مما يشتريها بنفسه لشرفها لايحنث بوكيله وإلا

الحنث فيه أيضا لكن لايخفى أن العرف الآن يخالفه (قوله آجرتها امرأته) أى ولو بإذنه (قوله كتركها فى أيدى الساكنين) أى من غير قوله لهم اقعدوا فيها وإلا حنث كما فى البحر ، والمراد أن مجرد الترك لا يكون إجارة وأما أخذ الأجرة ففيه التفصيل الآتى (قوله قد سكنوا فيه) أى بعد الحلف أو قبله فيما يظهر لأن الإجارة بيع المنافع المستقبلة (قوله بخلاف شهر لم يسكنوا فيه) أى بخلاف شهر مستقبل لم يسكنوا فيه فإذا تقاضاهم بأجرته حنث قال فى النهر : وهذا ليس إلا الإجارة بالتعاطى ، فينبغى أن يجرى فيه الخلاف السابق (قوله وقيده بقوله الخ) هذا التقييد فيما إذا كان الحالف هو المدعى عليه ، لأن الصلح عن إقرار بيع ، أما عن إنكار أو عن سكوت فهو فى حقه إفداء يمين ، فيكون الوكيل من جانبه سفيرا محضا فيحنث بمباشرته بخلاف ما إذا كان الحالف على عدم الصلح هو المدعى فإنه لايحنث بفعل وكيله مطلقا أفاده ح عن البحر (قوله والقسمة) بأن حلف لايقاسم مع شريكه لايحنث بفعل وكيله (قوله والخصومة) أى جواب الدعوى سواء كان إقرارا أو إنكارا ح عن القهستانى وقيل : إنه يحنث بفعل وكيله كفعله والفتوى على الأول كما فى شرح الوهبانية (قوله فيحنث بفعل وكيله) عبارة الخانية فينبغى أن يحنث .

قال فى البحر : وإنما لم يجزم به لأن الولد أعم ولم يخصص بالكبير فى الروايات وذكر فى الفتح أنه فى العرف يقال فلان ضرب ولده وإن لم يباشر ، ويقول العامى لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد أن يضربه تحقيقا لقوله فمقتضاه أن تنعقد على معنى لا يقع به ضرب من جهتى ، ويحنث بفعل المأمور اهـ ملخصا (قوله كالقاضى) أى إذا وكل بضرب من يحل له ضربه صح أمره به فيحنث بفعله ، ومثله السلطان والمحتسب كما فى الدر المنتقى ح (قوله وإن كان الحالف الخ) محترز قوله إذا كان ممن يباشر بنفسه ، وهو بمنزلة الاستثناء من قوله لابالأمر .

وحاصله : أنه لايحنث بفعل المأمور إلا إذا كان لايباشر بنفسه قال فى الفتح : فإن مقصوده من الفعل ليس إلا الأمر به فيوجد سبب الحنث بوجود الأمر به للعادة ، وإن كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ، ثم لوفعل الآمر بنفسه يحنث أيضا لانعقاده على الأعم من فعله بنفسه أو مأموره اهـ فتأمل . ثم قال : وكل فعل لا يعتاده الحالف كائنا من كان كحلفه لايبنى ولا يطين انعقد كذلك اهـ واستثنى فى الهداية أيضا ما إذا نوى الحالف البيع بنفسه أو بوكيله فإنه يحنث ببيع الوكيل ، لأنه شدد على نفسه ، وإن نوى السلطان ونحوه أن لايتولاه بنفسه دين فى القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه كما فى الجوهرة : أى فلا يحنث بفعل مأموره (قوله لتقيد اليمين بالعرف) فإن العرف انعقاد يمينه على الأعم من فعله بنفسه ، أو مأموره كما مر (قوله وبمقصود الحالف) الأولى إسقاطه لاغناء ماقبله عنه ، ولأن القصد إنما يعتبر إذا لم يخالف الظاهر لامطلقا ولعله أشار إلى أنه إنما يحنث إذا قصد الأعم أما لو قصد فعل نفسه الذى هو حقيقة كلامه لايحنث كما ذكرناه آنفا (قوله وإن كان) أى الحالف ، وعبارة الفتح ولوكان رجلا يباشر بنفسه الخ ومفاده : أن الضمير ليس عائدا للسلطان وهو مفاد البحر وغيره أيضا (قوله اعتبر الأغلب) هذا هو الذى اعتمده فى الخانية والمحيط والبزازية واقتصر عليه فى البحر تبعا للزيلعى منح .

حنث (ويحنث بفعله وفعل مأموره) لم يقل وكيله ، لأن من هذا النوع الاستقراض والتوكيل به غير صحيح (فى النكاح) لاالإنكاح (والطلاق والعتاق) الواقعين بكلام وجد بعد اليمين لا قبله كتعليق بدخول دار زيلعى

قلت: وكذا جزم به فى الفتح ومقابله ماذكره الشارح ولذا عبر عنه بقيل (قوله ويحنث بفعله وفعل مأموره الخ) هذا هو النوع الثانى مقابل قوله يحنث بالمباشرة لا بالأمر ، ثم هذا النوع منه ماهو فعل حكمى شرعى كالطلاق ، ومنه ماهو فعل حسى كالضرب ؛ فلو نوى أن لايفعل بنفسه ففى الأفعال الحسية يصدق قضاء وديانة لأنها لاتوجد إلا بمباشرته لها حقيقة ، فإذا لم يباشرها فقد نوى حقيقة كلامه وفى غيرها روايتان أشهرهما أنه لايصدق إلا ديانة لأنه كمايوجد بمباشرته يوجد بأمره ، فإذا نوى المباشرة فقط فقدنوى تخصيص العام وهو خلاف الظاهر فلايقبل منه كما فى النهر عن كافى النسفى (قوله لم يقل وكيله) حاصله: أنه عدل عن قول الكنز وفعل وكيله لأنه اعترضه فى البحر بأن الاستقراض لايصح التوكيل به ، لكن أجاب فى النهر بأنه إنما خص الوكيل لتعلم الرسالة منه بالأولى اهـ. وقال القهستانى: يمكن أن يحمل على ماهو متعارف من تسمية الرسول بالاستقراض وكيلا كما إذا قال المستقرض: وكلتك أن تستقرض لى من فلان كذا درهما ، وقال الوكيل للمقرض: إن فلانا يستقرض منك كذا ، ولو قال أقرضنى مبلغ كذا فهو باطل ، حتى إنه لايثبت الملك إلا للوكيل كما فى وكالة الذخيرة اهـ قال ط: ووجهه الزيلعى فى الوكالة بأنه لايجب دين فى ذمة المستقرض بالعقد بل بالقبض ، والأمر بالقبض لايصح لأنه ملك الغير ، وتصح الرسالة فى الاستقراض ، لأن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف فى ملكه ، ويصح التوكيل بالإقراض وبقبض القرض كأن يقول لرجل أقرضنى ثم يوكل رجلا بقبضه فإنه يصح اهـ.

قلت: وحاصله: أن التوكيل بالقرض أو بقبضه صحيح لابالاستقراض ، بل لابد من إخراجه مخرج الرسالة ليقع الملك للآمر وإلا وقع للمأمور ، ولا يخفى أن هذا ليس خاصا بالاستقراض ، بل النكاح مثله وكذا الاستعارة كما سنذكره.

مطلب حلف لايتزوج

(قوله فى النكاح) فلو حلف لايتزوج فعقده بنفسه ، أو وكل فعقد الوكيل حنث ، وكذا لو كان الحالف امرأة فلو حلفت ، وأجبرت ممن له ولاية الإجبار ، ينبغى أن لاتحنث كما لو جن فزوجه أبوه كارها ، ولو صار معتوها فزوجه أبوه لايحنث كذا لو كان التوكيل قبل اليمين نهر عن شرح الوهبانية.

قلت: وسيأتى متننا آخر الباب الآتى مالو حلف لايتزوج فزوجه فضولى أو زوجه فضولى ثم حلف لايتزوج

مطلب حلف لايزوج عبده

(قوله لاالإنكاح) أى التزويج ، فلا يحنث به إلا بمباشرته وهذا فى الولد الكبير أو الأجنبى لما فى المختار وشرحه حلف لايزوج عبده أو أمته يحنث بالتوكيل والإجازة ، لأن ذلك مضاف إليه متوقف على إرادته لملكه وولايته وكذا فى ابنه وبنته الصغيرين لولايته عليهما وفى الكبيرين ، لايحنث إلا بالمباشرة لعدم ولايته عليهما فهو كالأجنبى عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل اهـ ومثله فى الزيلعى والبحر فى آخر الباب الآتى بلا حكاية خلاف فقول القهستانى وعن محمد: لايحنث فى الكل رواية ضعيفة (قوله كتعليق) يصلح مثالا للقبل والبعد وعبارة الزيلعى وإنما يحنث بالطلاق والعتاق إذا وقعا بكلام وجد بعد اليمين ، وأما إذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين ، فلا يحنث حتى لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم حلف أن لايطلق فدخلت لم يحنث ، لأن وقوع الطلاق عليها بأمر كان قبل اليمين ، ولو حلف أن لايطلق ، ثم علق الطلاق بالشرط ، ثم وجد الشرط حنث ولو وقع الطلاق

(والخلع والكتابة والصلح عن دم العمد) أو إنكار كما مر (والهبة) ولو فاسدة أو بعوض (والصدقة والقرض والاستقراض) وإن لم يقبل (وضرب العبد) قيل والزوجة (والبناء والخياطة) وإن لم يحسن ذلك خانية

عليها بمضى مدة الإيلاء ، فإن كان الإيلاء قبل اليمين لايحنث وإلا حنث وتمامه فيه (قوله والخلع) هو الطلاق وقد مر نهر (قوله والكتابة) هو الصحيح ، وفى المجتبى عن النظم أنها كالبيع نهر (قوله والصلح عن دم العمد) لأنه كالنكاح فى كونه مبادلة مال بغيره ، وفى حكمه الصلح عن إنكار قهستانى . وفى حاشية أبى السعود واحترز عن الصلح عن دم غير عمد ، لأنه صلح عن مال فلا يحنث فيه بفعل الوكيل أما عن دم العمد فهو فى المعنى عفو عن القصاص بالمال ، ولا تجرى النيابة فى العفو بخلاف الصلح عن المال حموى عن البرجندى (قوله أو إنكار) لأن الصلح عنه فداء باليمين فى حق المدعى عليه فوكيله سفير محض ومثله السكوت وأما المدعى لايحنث بالتوكيل مطلقا كما مر وشمل الإنكار إنكار المال وإنكار الدم العمد وغيره (قوله والهبة) فلو حلف لايهب مطلقا أو معينا أو شخصا بعينه فوكل من وهب حنث صحيحة كانت الهبة أولا قبل الموهوب له أولا قبض أو لم يقبض لأنه لم يلزم نفسه إلا بما يملكه ، ولا يملك أكثر من ذلك ، وفى المحيط : حلف لايهب عبده هذا لفلان ثم وهبه له على عوض حنث لأنه هبة صيغة ولفظا اه نهر . وفى التتارخانية إن وهب لى فلان عبده فامرأته طالق فوهب ولم يقبل الحالف حنث الحالف (قوله أو بعوض) يعنى إذا وهب بنفسه لابوكيله أيضا لما قدمه من أنه لايحنث بفعل وكيله فى الهبة بشرط العوض وسبب وهم الشارح قول البحر فالهبة بشرط العوض داخلة تحت يمين لايهب نظرا إلى أنها هبة ابتداء ، فيحنث وداخلة تحت يمين لايبيع نظرا إلى أنها بيع انتهاء فيحنث اه وأنت خبير بأن كلامه فيما إذا فعل بنفسه وإلا لما صح قوله يحنث فى الموضعين أفاده ح أى لأنه فى البيع لايحنث بفعل وكيله (قوله والصدقة) هى كالهبة فيما مر قال ابن وهبان وكذا ينبغى أن يحنث فى حلفه أن لايقبل صدقة فوكل بقبضها بقى لو حلف لايتصدق فوهب لفقير أو لايهب فتصدق على غنى قال ابن وهبان ينبغى الحنث فى الأول لأن العبرة للمعانى لافى الثانى لأنه لايثبت له الرجوع استحسانا إذ قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب ويحتمل العكس فيهما اعتبارا باللفظ اه ملخصا وأيد ابن الشحنة الاحتمال الأخير بما فى التتارخانية عن الظهيرية ولا يحنث بالصدقة في يمين الهبة اه .

قلت : لكن هذا ليس نصا فيما نحن فيه لاحتمال أن المراد الهبة لغنى تأمل هذا ونقل فى النهر كلام ابن وهبان باختصار مخل (قوله والاستقراض) أى إن أخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة وإلا فلا حنث كما مر (قوله وإن لم يقبل) راجع للهبة وما بعدها كما فى النهر ح وكذا العطية والعارية نهر .

قلت : لكن صرح فى التاترخانية بأن القبول شرط الحنث فى القرض عند محمد ورواية عن الثانى وفى أخرى لا والرهن بلا قبول ليس برهن ، ولو استقرض فلم يقرضه حنث قال فى النهر : وقياس ما مر من أنه لم يلزم نفسه إلا بما يملك ترجيح الرواية الأخرى وينبغى أن يجرى فى الاستقراض الخلاف فى القبول كالقرض اه .

قلت : يمكن دفع هذا القياس بالفرق بين ما فيه بدل مالى، وما ليس فيه وأما الاستقراض فهو طلب القرض فيتحقق بدون إقراض تأمل . وسيأتى تمام هذا البحث فى آخر الباب الآتى عند قول المصنف : حلف ليهبن فلانا فوهبه له فلم يقبل بر بخلاف البيع (قوله وضرب العبد) لأن المقصود منه وهو الائتمار بأمره راجع إليه بخلاف ضرب الولد ، فإن المقصود منه وهو التأدب راجع إلى الولد نهر : أى الولد الكبير أما الصغير فكالعبد كما مر وقدمنا أن العرف خلافه (قوله قيل والزوجة) قال فى النهر : والزوجة قيل نظير العبد وقيل نظير الولد . قال فى البحر : وينبغى ترجيح الثانى لما مر فى الولد ورجح ابن وهبان الأول لأن النفع عائد إليه بطاعتها له وقيل إن حنث فنظير العبد وإلا فنظير الولد قال بديع الدين ولو فصل هذا فى الولد لكان حسنا كذا فى القنية اه ح (قوله وإن لم يحسن ذلك) الأولى أن يقول وإن كان يحسن ذلك ، وعبارة الخانية : حلف ليخيطن هذا الثوب أو ليبنين هذا

(والذبح والإيداع والاستيداع ، و)كذا (الإعارة والإستعارة) إن أخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة وإلا فلاحنث تتارخانية (وقضاء الدين وقبضه ،والكسوة) وليس منها التكفين إلا إذا أراد الستر دون التمليك سراجية (والحمل)

الحائط فأمر غيره بذلك حنث الحالف سواء كان يحسن ذلك أولا اه .

قلت : وظاهره أنه لو تكلف ذلك بنفسه يحنث أيضا وكذا لو حلف لايختتن أو لايحلق رأسه أو لايقلع ضرسه ونحو ذلك من الأفعال التى لايليها الإنسان بنفسه عادة أو لايمكنه فعلها إلا بمشقة عظيمة ، مع أن الظاهر أن اليمين فى ذلك تنعقد على فعل المأمور لاعلى فعل نفسه ، لأن الحقيقة مهجورة عادة ، ثم رأيت فى البحر عن النوازل : لو قال لامرأته إن لم تكونى غسلت هذه القصعة فأنت طالق وغسلها خادمها بأمرها ، فإن كان من عادتها أنها تغسل بنفسها لاغير وقع ، وإن كانت لاتغسل إلا بخادمها وعرف الزوج ذلك لايقع ، وإن كانت تغسل بنفسها وبخادمها فالظاهر أنه يقع إلا إذا نوى الأمر بالغسل اه فليتأمل (قوله والذبح الخ) فلو حلف لايذبح فى ملكه شاة أو لايودع شيئا يحنث بفعل وكيله لأن المنفعة تعود إليه وكذا لو حلف لايعير ، ولو عين شخصا فأرسل المحلوف عليه شخصا فاستعار حنث لأنه سفير محض فيحتاج إلى الإضافة إلى الموكل فكان كالوكيل بالاستقراض خانية وفى جمع التفاريق أن الحنث قول زفر ، وعليه الفتوى خلافا لأبى يوسف كما فى النهر .

مطلب فى العقود التى لابد من إضافتها إلى الموكل

(قوله إن أخرج الوكيل الخ) راجع لقوله : والاستعارة كما هو فى عبارة التتارخانية حيث قال : وهذا إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال إن فلانا يستعير منك كذا فأما إذا لم يقل ذلك لايحنث اه أى لأنه لو قال : أعرنى كذا يقع ملك المنفعة له لا للآمر فلا يحنث الآمر بذلك . وبه علم أن فائدة التقييد هى أن المراد بالأمر هنا الرسالة لاالوكالة كما مر فى الاستقراض ، وأما ماكان من الأفعال الحسية كالضرب والبناء فلا شبهة فى أنه لايحتاج إلى الإسناد ، وبما قررناه سقط ماقيل إن ماذكره غير خاص بالاستعارة ، بل الوكيل فى النكاح وما بعده سفير محض ، فلابد من إضافة هذه العقود المذكورة إلى الموكل لما سيأتى فى كتاب الوكالة أن العقود التى لابد من إضافتها إلى الموكل : النكاح ، والخلع ، والصلح عن دم عمد وإنكار ، والعتق على مال ، والكتابة ، والهبة ، والتصدق والإعارة ، والإيداع ، والرهن ، والإقراض ، والشركة ، والمضاربة اه .

قلت : المراد من الإضافة فى هذه المذكورات التصريح باسم الآمر ، لكن بعضها يصح مع إسناد الفعل إلى الوكيل كقوله : صالحتك عن دعواك على فلان أو عما لك عليه من الدم ، وزوجتك فلانة ، وأعتقت عبد فلان أو كاتبته ، وبعضها لايصح فيها إسناد الفعل إلى الوكيل ، بل لابد من إخراج الكلام مخرج الرسالة كقوله إن فلانا يطلب منك أن تهبه كذا أو تتصدق عليه أو تودع عنده ، أو تعيره أو تقرضه أو ترهن عنده ، أو تشاركه أو تضاربه بمال كذا . أما لو أسنده إلى نفسه كقوله هبنى أو تصدق علىّ الخ فإنه يقع للوكيل ، وكذا قوله زوجنى بخلاف القسم الأول فإنه يقول : بعت واشتريت وأجرت بإسناد الفعل إلى نفسه بدون ذكر اسم الآمر أصلا هذا ماظهر لى ، وسيأتى إن شاء الله تعالى تحقيق ذلك فى محله فافهم (قوله وقضاء الدين وقبضه) فلو حلف لايقبض الدين من غريمه اليوم يحنث بقبض وكيله فلو كان وكل قبل فقبض الوكيل بعد اليمين لايحنث ، وقال قاضيخان : وينبغى الحنث كما فى النكاح نهر (قوله والكسوة) فلو حلف لايلبس أو لايكسو مطلقا أو كسوة بعينها أو معينا حنث بفعل وكيله وتمامه فى النهر (قوله وليس منها التكفين) وكذا الإعارة فلو كفنته بعد موته أو أعاره ثوبا لايحنث شرح الوهبانية عن السراجية (قوله والحمل) فلو حلف لايحمل لزيد متاعا حنث بفعل وكيله وهذا فى غير الإجارة لما مر قال

وذكر منها فى البحر نيفا وأربعين وفى النهر عن شارح الوهبانية نظم والذى ما لاحنث فيه بفعل الوكيل لأنه الأقل مشيرا إلى حنثه فيما بقى فقال :

بفعل وكيل ليس يحنث حالف   ببيع شراء صلح مال خصومة
إجارة استئجار الضرب لابنه   كذا قسمة والحنث فى غيرها ثبت

(ولام دخل) مبتدأ أخبره اقتضى الآتى (على فعل) أراد بدخولها عليه قربها منه ابن كمال (تجرى فيه النيابة) للغير (كبيع وشراء وإجارة وخياطة وصياغة وبناء اقتضى) أى اللام (أمره) أى توكيله (ليخصه به) أى بالمحلوف

أى الناظم : والظاهر أنه لافرق بينه وبين الاستخدام فإن المنفعة دائرة عليه والمدار عليها شرح الوهبانية (قوله وذكر منها فى البحر نيفا وأربعين) صوابه فى النهر فإنه قال تكميل من هذا النوع الهدم والقطع والقتل والشركة كما فى الوهبانية ، وضرب الزوجات والولد الصغير فى رأى قاضيخان ، وتسليم الشفعة والإذن كما فى الخانية والنفقة كما فى الإسبيجابى ، والوقف والأضحية والحبس والتعزير بالنسبة للقاضى والسلطان ، وينبغى أن الحج كذلك كذا فى شرح ابن الشحنة ومنه الوصية كما فى الفتح ، وينبغى أن يكون منه الحوالة والكفالة فلا يحيل فلانا فوكل من يحيله أو لايقبل حوالته أو لايكفل عنه فوكل بقبول ذلك والقضاء والشهادة والإقرار وعد منه فى البحر التولية فلو حلف لايولى شخصا ففوض إلى من يفعل ذلك حنث وهى حادثة الفتوى اهـ :

قلت : وبهذا تمت المسائل أربعة وأربعين ، والظاهر أنها لاتنحصر ، لأن منها الأفعال الحسية وهى لاتختص بما مر بل منها الطبخ والكنس وحلق الرأس ونحو ذلك ؛ وإذا عد منها الاستخدام دخلت فيه هذه الصور وكثير من الصور المارة أيضا فافهم (قوله مشيرا إلى حنثه فيما بقى) الإشارة من حيث أنه لم يصرح بعدد مابقى وإلا فالحنث صريح فى كلامه . وقد يقال سماه إشارة لأنه ساق الكلام لما لايحنث به فيكون عبارة وغيره إشارة كما فى عبارة النص وإشارة النص تأمل (قوله والحنث) بالنصب مفعول مقدم لقوله اثبت بوصل الهمزة للضرورة (قوله أراد بدخولها عليه قربها منه) أى بأن تقع متوسطة بين الفعل ومفعوله كإن بعت لك ثوبا احترازا عما لو تأخرت عن المفعول كإن بعت ثوبا لك فالمتوسطة متعلقة بالفعل لقربها منه لاعلى أنها صلة له لأنه يتعدى إلى مفعولين بنفسه مثل بعت زيدا ثوبا ، ولأنه لوكانت اللام صلة له كان مدخولها مفعولا فى المعنى فيكون شاريا ، وليس المعنى عليه بل الشارى غيره والبيع وقع لأجله فهى متعلقة به على أنها علة له مثل: قمت لزيد، وعلى هذا فلو عبر المصنف بقوله ولام تعلق بفعل كما عبر صاحب الدرر وغيره لكان أولى ، لكنه عدل عن ذلك تبعا للكنز وغيره لئلا يتوهم تعلقها به على أنها صلة له، ولئلا يتوهم أن الواقعة بعد المفعول متعلقة به أيضا، مع أن المراد بيان الفرق بينهما بأن الأولى للتعليل والثانية للملك لكونها صفة له أى إن بعت ثوبا مملوكا لك ، هذا ماظهر لى فافهم (قوله تجرى فيه النيابة) الجملة صفة فعل وقوله للغير اللام فيه بمعنى عن أى عن الغير كما فى قوله تعالى — وقال الذين كفروا للذين آمنوا لو كان خيرا ماسبقونا إليه — واحترز به عن فعل لا تجرى فيه النيابة كالأكل والشرب فإنه لافرق فيه بين دخول الباء على الفعل أو على العين كما يأتى (قوله وصياغة) بالياء المثناة التحتية أو بالباء الموحدة كما فى القهستانى (قوله أمره) بالنصب مفعول اقتضى وهو مصدر مضاف لفاعله ، وهو الضمير العائد إلى الغير وهو المخاطب بالكاف والمفعول محذوف وهو الحالف ، وقوله ليخصه به : أى ليخص الحالف الغير أى المخاطب به أى بالفعل المحلوف عليه ، وفى المنح أى لتفيد اللام اختصاص ذلك الفعل به أى بذلك الغير اهـ فأرجع الضمير المستتر للام والبارز للفعل والمجرور للغير ، وعليه فالمراد بالمحلوف عليه فى كلام الشارح هو المخاطب

عليه إذ اللام للاختصاص ولا يتحقق إلا بأمره المفيد للتوكيل (فلم يحنث فى إن بعت لك ثوبا إن باعه بلا أمر) لانتفاء التوكيل سواء (ملكه) أى المخاطب ذلك الثوب (أولا) بخلاف مالو قال ثوبا لك فإنه يقتضى كونه ملكا له كما سيجىء (فإن دخل) اللام (على عين) أى ذات (أو) على (فعل لايقع) ذلك الفعل (عن غيره) أى لايقبل النيابة (كأكل وشرب ودخول وضرب الولد) بخلاف العبد فإنه يقبل النيابة (اقتضى) دخول اللام (ملكه) أى ملك المخاطب للمحلوف عليه لأنه كمال الاختصاص (فحنث فى إن بعت

وهو الموافق لقول الزيلعى لاختصاص الفعل بالشخص المحلوف عليه (قوله إذ اللام للاختصاص) وجه إفادتها الاختصاص هو أنها تضيف متعلقها وهو الفعل لمدخولها وهو كاف المخاطب فتفيد أن المخاطب مختص بالفعل ، وكونه مختصا به يفيد أن لايستفاد إطلاق فعله إلا من جهته وذلك يكون بأمره ، وإذا باع بأمره كان بيعه إياه من أجله : وهى لام التعليل ، فصار المحلوف عليه أن لا يبيعه من أجله فاذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لأن ذلك لايتصور إلا بالعلم بأمره به ،ويلزم من هذا أن لايكون إلا فى الأفعال التى تجرى فيها النيابة كذا فى الفتح (قوله ولايتحقق إلا بأمره) قيده فى البحر بأن يكون أمره بأن يفعله لنفسه لقول الظهيرية لو أمره أن يشترى لابنه الصغير ثوبا لايحنث . وفى النهر أن مقتضى التوجيه يعنى بكونها للاختصاص حنثه إذا كان الشراء لأجله ؛ ألا ترى أن أمره ببيع مال غيره موجب لحنثه غير مقيد بكونه له اهـ .

[تنبيه] ذكر فى الخانية مايفيد أن الأمر غير شرط بل يكفى فى حنثه قصده البيع لأجله سواء كان بأمره أولا. قال فى البحر : وهذا مما يجب حفظه فإن ظاهر كلامهم هنا يخالفه مع أنه هو الحكم اهـ .

قلت : يؤيده مافى شرح تلخيص الجامع لو قال لزيد إن بعت لك ثوبا فعبدى حر ولا نية له فدفع زيد ثوبا لرجل ليدفعه للحالف ليبيعه فدفعه وقال بعه لى ولم يعلم الحالف أنه ثوب زيد لم يحنث لأن اللام فى بعت لزيد لاختصاص الفعل بزيد وذلك إنمايكون بأمره الحالف أو بعلم الحالف أنه باعه له سواء كان الثوب لزيد أو لغيره اهـ وتمام الكلام فيما علقته على البحر (قوله فلم يحنث فى إن بعت لك ثوبا) التصريح بالمفعول به ليس بشرط لقول المحيط حلف لايبيع لفلان فباع ماله أو مال غيره بأمره حنث بحر ، وأنت خبير بأن تمايز الأقسام أعنى تارة تدخل على الفعل أو على العين إنما يظهر بالتصريح بالمفعول به فلذا صرح به المصنف نهر .

وحاصله : أن تصريح المصنف به لا لكونه شرطا بل ليظهر الفرق بين دخول اللام عليه أو على الفعل (قوله سواء ملكه الخ) تعميم لقوله إن باعه بلا أمر .

وحاصله :أن الشرط أمره بالبيع لا كون الثوب ملك الآمر (قوله أى المخاطب) تفسير للضمير المستتر فى ملكه وقوله ذلك الثوب تفسير للضمير البارز (قوله فإن دخل اللام الخ) حاصله : أن الفعل إما أن يحتمل النيابة عن الغير أولا ، وعلى كل فإما أن تدخل اللام على الفعل أو على مفعوله وهو العين ، فإن دخلت على فعل يحتمل النيابة اقتضت ملك الفعل للمخاطب ، وهو أن يكون الفعل بأمره سواء كان العين مملوكا له أولا وهذا مامر وفى الباقى وهو دخولها على فعل لايحتمل النيابة كالأكل والشرب أو على العين مطلقا اقتضت ملك العين للمخاطب سواء كان الفعل بأمره أولا (قوله للمحلوف عليه) المراد به هنا العين (قوله لأنه كمال الاختصاص) أى أن اللام للاختصاص كما مر ، وحيث دخلت اللام على العين أو على فعل لايقبل النيابة اقتضت اختصاص العين بالمخاطب وكمال الاختصاص بالملك فحملت عليه ، لكن يراد مايشمل الملك الحقيقى والحكمى ، لأن الولد لايملك حقيقة كما يشير إليه الشارح ، ولذا قال فى الفتح فإنه يحنث بدخول دار يختص بها المخاطب أى تنسب إليه وأكل طعام يملكه اهـ. وقوله : أى تنسب إليه ظاهره نسبة السكنى كما مر فى لا أدخل دار زيد فيشمل الأجرة والعارية ، فالمراد

ثوبا لك إن باع ثوبه بلا أمره) هذا نظير الدخول على العين وهو الثوب لأن تقديره إن بعت ثوبا هو مملوكك وأما نظير دخوله على فعل لايقع عن غيره فذكره بقوله (وكذا) أى مثل مامر من اشتراط كون المحلوف عليه ملك المخاطب قوله (إن أكلت لك طعاما) أو شربت لك شرابا (اقتضى أن يكون الطعام) والشراب (ملك المخاطب) كما فى إن أكلت طعاما لك لأن اللام هنا أقرب إلى الاسم من الفعل والقرب من أسباب الترجيح ، وأما ضرب الولد فلا يتصور فيه حقيقة الملك بل يراد الاختصاص به (وإن نوى غيره) أى ما مر (صدق فيما) فيه تشديد (عليه) قضاء وديانة ودين فيما له ، ثم الفرق بين الديانة والقضاء لايتأتى فى اليمين بالله لأن الكفارة لامطالب لها كما مر (قال إن بعته أو ابتعته فهو حر فعقد) عليه بيعا (بالخيار لنفسه حنث لوجود الشرط

ملك المنفعة تأمل (قوله ثوبا لك) أى موصوفا بكونه لك (قوله إن باع ثوبه بلا أمره) لأن اللام لم تدخل على الفعل حتى يعتبر اختصاص الفعل فى المخاطب بأن يكون بأمره وإن صح تعلقها به ولذا لو نواه يصح كما يأتى ، لكن لما كانت أقرب إلى الاسم وهو الثوب من الفعل اقتضت إضافة الاسم إلى مدخولها وهو كاف المخاطب لأن القرب من أسباب الترجيح كما فى الفتح ، ولذا إذا توسطت تعلقت بالفعل لقربه كما مر مع أنه يصح جعلها حالا من الاسم المتأخر (قوله هذا نظير) أى مثال وكذا مابعده (قوله إن أكلت لك طعاما) بتقديم اللام على الاسم ولا يصح تعلقها هنا بالفعل وإن كانت أقرب إليه لأنه لايحتمل النيابة فلا يصح جعلها لملك الفعل للمخاطب فصارت داخلة على الاسم وإن تقدمت عليه كما لو تأخرت عنه وهو ظاهر فلزم كون الاسم مملوكا للمخاطب (قوله لأن اللام هنا الخ) الصواب ذكر هذا التعليل قبل قوله : وأما نظير دخوله على فعل لا يقع عن غيره كما ذكره فى الفتح وغيره إذ لافرق هنا بين قرب اللام من الاسم أو من الفعل كما علمت بل العلة هنا كون الفعل لايقبل النيابة كما قررناه (قوله وأما ضرب الولد الخ) أشار إلى ماذكرناه من أن المراد بملك العين مايشمل الحكمى (قوله فيما فيه تشديد عليه) بأن باع ثوبا مملوكا للمخاطب بغير أمره فى المسألة الأولى ونوى بالاختصاص الملك فإنه يحنث ولولا نيته لما حنث ، أو باع ثوبا لغير المخاطب بأمر المخاطب فى المسألة الثانية ونوى الاختصاص بالأمر ، فإنه يحنث ولولا نيته لما حنث لأنه نوى مايحتمله كلامه بالتقديم والتأخير وليس فيه تخفيف فيصدقه القاضى بحر (قوله ودين فيما له) كما إذا باع بالأمر ثوبا لغير المخاطب ونوى بالاختصاص الملك فى الأولى أو باع بلا أمر ثوبا للمخاطب ونوى الاختصاص بالأمر فى الثانية ، لأن اللام إذا قدمت على الاسم فالظاهر اختصاص الأمر ، وإذا أخرت فالظاهر اختصاص الملك فإذا عكس فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى بل يصدق ديانة لأنه نوى محتمل كلامه (قوله كما مر) أى قبيل قول المصنف لايشرب من دجلة :

مطلب قال إن بعته أو ابتعته فهو حر فعقد بالخيار لنفسه عتق

(قوله أو ابتعته) أى اشتريته (قوله فعقد) أى الحالف من بائع أو مشتر عليه أى على العبد ، وقوله بيعا يشمل المسألتين لأن العقد بين البائع والمشترى يسمى عقد بيع (قوله بالخيار لنفسه) أى نفس الحالف المذكور وهو البائع أو المشترى (قوله حنث) نقل بعض المحشين عن حيل الخصاف أنه لايحنث وتنحل اليمين ، حتى لو نقض الشراء ثم اشتراه ثانيا باتا لايعتق اه .

قلت : لكنه خلاف مافى المتون (قوله لوجود الشرط) أى مع قيام الملك لأن خيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه بالاتفاق ، وخيار المشترى يدخل المبيع فى ملكه عندهما ، وأما عنده فالمبيع وإن خرج عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى لكن المعلق بالشرط كالمنجز عند الشرط فيصير كأنه قال بعد الشراء أنت حر

ولو بالخيار لغيره لا وإن أجيز بعد ذلك فى الأصح كما لو قال : إن ملكته فهو حر لعدم ملكه عند الإمام (و) قيد بالخيار لأنه (لو قال إن بعته فهو حر فباعه بيعا صحيحا بلا خيار لايعتق) لزوال ملكه وتنحل اليمين لتحقق الشرط زيلعى (ويحنث) الحالف فى المسألتين (ب) البيع أو الشراء (الفاسد والموقوف

ولو نجز المشترى بالخيار لنفسه العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا إذا علق ، وتمامه فى النهر. قال ح : ومثل عقد البائع بالخيار لنفسه عقده بالخيار لأجنبى أولنفسه وللمشترى، ومثل عقد المشترى بالخيار لنفسه عقده بالخيار لأجنبى (قوله ولو بالخيار لغيره لا) يعنى لو باعه الحالف بشرط الخيار للمشترى أو اشتراه بشرط الخيار للبائع لايحنث أما الأول فلأنه بات من جهته فلا يعتق لخروجه عن ملكه ، وأما الثانى فلأنه باق على ملك بائعه كما فى البحر عن الذخيرة ، ولا يصح أن يراد هنا بالغير مايشمل الأجنبى لأن الحالف يحنث بائعا أو مشتريا أفاده ح (قوله وإن أجيز بعد ذلك) مرتبط بقوله ولو بالخيار لغيره لايعنى هذا إذا رد العقد من له الخيار وكذا إن أجيز فى الصورتين أما فى الأولى أعنى ماإذا باعه الحالف بشرط الخيار للمشترى فظاهر لخروجه عن ملك البائع ثم دخوله فى ملك المشترى ، وأما فى الثانية وهى عكس الأولى فلأنه فى مدة الخيار لم يخرج عن ملك البائع وانحلت اليمين بالعقد أفاده ط فافهم .

قلت : وهذا يصلح حيلة للحالف وهو أن يبيعه أو يشتريه بالخيار لغيره فلا يعتق عليه (قوله فى الأصح) لم أر من صرح بتصحيحه وإنما قال فى البحر وسواء أجاز البائع بعد ذلك أو لم يجز. وذكر الطحاوى أنه إذا أجاز البائع البيع يعتق ، لأن الملك يثبت عند الإجازة مستندا إلى وقت العقد بدليل أن الزيادة الحادثة بعد العقد قبل الإجازة تدخل فى العقد كذا فى البدائع اه فتأمل (قوله كما لو قال الخ) تشبيه فى عدم الحنث، وبيان لفائدة التقييد بتعليق البيع أو الشراء. قال الزيلعى : بخلاف ماإذا علقه بالملك بأن قال إن ملكتك فأنت حر حيث لايعتق به عنده لأن الشرط وهو الملك لم يوجد عنده لأن خيار الشرط للمشترى يمنع دخول المبيع فى ملكه على قوله . وعندهما يعتق لوجود الشرط لأن خيار المشترى لايمنع دخول المبيع فى ملكه اه .

قلت : وهذا مقيد بما إذا لم يجز العقد بعد ، فلو أجازه وأبطل الخيار أو مضت مدته تحقق الشرط وهو الملك كما لايخفى فيعتق عند الكل أفاده ط (قوله لأنه لو قال إن بعته) اقتصر على البائع لأن المشترى إذا حنث بشرائه بالخيار فحنثه بشرائه البات بالأولى أفاده ط (قوله وتنحل) عبارة الزيلعى وينبغى أن تنحل (قوله فى المسألتين) هما إن بعته أو ابتعته ح (قوله بالبيع أو الشراء) كذا فى أغلب النسخ التى رأيناها بالعطف بأو وفى بعضها بالواو ولا يناسبه إفراد الفاسد ولأنه بيان لما يحنث به فى المسألتين وهو أحدهما لامجموعهما (قوله الفاسد)قال فى البحر : وهو مجمل لابد من بيانه. أما فى المسألة الأولى وهى ماإذا قال إن بعتك فأنت حر فباعه بيعا فاسدا، فإن كان فى يد البائع أو فى يد المشترى غائبا عنه بأمانة أو رهن يعتق لأنه لم يزل ملكه عنه ، وإن كان فى يد المشترى حاضرا أو غائبا مضمونا بنفسه لا يعتق لأنه بالعقد زال ملكه عنه . وأما فى الثانية وهى ما إذا قال إن اشتريته فهو حر فاشتراه شراء فاسدا فإن كان فى يد البائع لايعتق لأنه على ملك البائع بعد وإن كان فى يد المشترى وكان حاضرا عنده وقت العقد يعتق لأنه صار قابضا له عقب العقد فملكه وإن كان غائبا فى بيته أو نحوه فإن كان مضمونا بنفسه كالمغصوب يعتق لأنه ملكه بنفس الشراء وإن كان أمانة أو مضمونا بغيره كالرهن لايعتق لأنه لايصير قابضا عقب العقد كذا فى البدائع اه (قوله والموقوف) أى ويحنث بالموقوف فى حلفه لا يبيع بأن يبيعه لغائب قبل عنه فضولى أو لايشترى بأن اشتراه ببيع فضولى فإنه يحنث عند إجازة البائع . وفى التبيين مايخالفه بحر ونهر أى حيث قال : وصورة المسألة أن يقول إن اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا من فضولى حنث بالشراء ثم قال

لاالباطل) لعدم الملك وإن قبضه ، ولو اشترى مدبرا أو مكاتبا لم يحنث إلا بإجازة قاض أو مكاتب .

[فرع] قال لأمته : إن بعت منك شيئا فأنت حرة فباع نصفها من زوج ولدت منه أو من أبيها لم يقع عتق المولى ، ولو من أجنبي وقع والفرق فى الظهيرية (و) إنما قيد بالبيع لأنه (فى حلفه لايتزوج) امرأة أو (هذه المرأة فهو على الصحيح دون الفاسد) فى الصحيح (وكذا لو حلف لايصلى أو لايصوم) أو لايحج ، لأن المقصود منها الثواب ومن النكاح الحل ولا يثبت بالفاسد فلا تنحل به اليمين بخلاف البيع ، لأن المقصود منه الملك وأنه يثبت بالفاسد والهبة والإجارة كبيع (ولو كان) ذلك كله (فى الماضى)

وعن أبي يوسف أنه يصير مشتريا عند الإجازة كالنكاح اه . ومفاده أن مافى البحر رواية وأن المذهب حنثه بالشراء أى قبل الإجازة لاعندها مستندا كما زعمه المحشى بدليل مافى تلخيص الجامع ويحنث بالشراء من فضولى أو بالخمر أو بشرط الخيار إذ الذات لاتختل لخلل فى الصفة اه قال شارحه الفارسى لأن شرط الحنث وجد وهو ذات البيع بوجود ركنه من أهله فى محله ، وإن لم يفد الملك فى الحال لمانع وهو دفع الضرر عن المالك فى الأول واتصال المفسد به فى الثانى والخيار فى الثالث وإفادة الملك فى الحال صفة البيع لاذاته فإن العرب وضعت لفظ البيع لمبادلة مال بمال مع أنهم لايعرفون الأحكام ولا الصحيح والفاسد ومتى وجدت الذات لا تختل لخلل وجد فى الصفات اه فافهم (قوله لا الباطل) أى كما لو اشترى بميتة أو دم فلا يحنث لعدم ركن البيع وهو مبادلة مال بمال ، ولهذا لايملك المبيع بخلاف مالو اشترى بخمر أو خنزير لأنهما مال متقوم فى حق بعض الناس إلا أن البيع بهما فاسد لاشتراطه فى البيع مالايقدر على تسليمه فأشبه سائر البيوع الفاسدة كذا فى التلخيص وشرحه (قوله إلا باجازة قاض أو مكاتب) لأن المنافى زال بالقضاء لأنه فصل مجتهد فيه وبإجازة المكاتب انفسخت الكتابة فارتفع المنافى فتم العقد بحر ، ومن قوله زال بالقضاء تعلم أن استعمال الإجازة فى القضاء من باب عموم المجاز اه ح .

قلت : وفى شرح التلخيص مايفيد أنه لابد من القضاء مع إجازة المكاتب لكن ذكر الزيلعى نحو ما فى البحر . وفى الخانية : إذا بيع المكاتب برضاه جاز وكان فسخا للكتابة اه .

[تتمة] قال الزيلعى : ولو حلف أن يبيع هذا الحر فباعه بر لأن البيع الصحيح لايتصور فيه فانعقد على الباطل وكذا الحرة وأم الولد . وعن أبي يوسف ينصرف إلى الصحيح لإمكانه بالردة ثم السبى (قوله والفرق فى الظهيرية) وهو أن الولادة من الزوج والنسب من الأب مقدم فيقع بما تقدم سببه أولا ، وهذا المعنى لايمكن اعتباره فى حق الأجنبى كما فى البحر ح . وبيانه كما أفاده بعض المحشين أنه لما باع نصفها من الزوج صارت أم ولده قبل الجزاء وهو العتق فلا تعتق على البائع لأنها أم ولد غيره وكذا يثبت النسب من الأب فتعتق عليه (قوله فى الصحيح) راجع للتعميم كما يفيده قول النهر ، لأن بالنكاح لايحنث بالفاسد سواء عينها أولم يعينها هو الصحيح كما فى الخانية (قوله وكذا لو حلف لايصلى الخ) قال فى التتارخانية عن الخلاصة : النكاح والصلاة وكل فعل يتقرب به إلى الله تعالى على الصحيح دون الفاسد (قوله أو لايحج) ذكره هنا إشارة إلى أن ذكر المصنف إياه فما سيأتى ليس فى محله ح (قوله ولايثبت بالفاسد) أى الذى فساده مقارن كالصلاة بغير طهارة ، أما الذى طرأ عليه الفساد كما إذا شرع ثم قطع فيحنث به على التفصيل الآتى وسنتكلم عليه ح (قوله فلا تنحل به اليمين) حتى لوتزوج فاسدا أو صلى كذلك ثم أعاد صحيحا حنث (قوله وإنه) أى الملك يثبت بالفاسد إذا اتصل به القبض (قوله والهبة والإجارة كبيع) قال فى البحر : وقدمنا أنه لو حلف لايهب فوهب هبة غير مقسومة حنث كما فى الظهيرية فعلم أن فاسد الهبة كصحيحها ولا يخفى أن الإجارة كذلك لأنها بيع اه أى بيع المنافع .

كإن تزوجت أو صمت (فهو عليهما) أى الصحيح والفاسد لأنه إخبار (فإن عنى به الصحيح صدق) لأنه النكاح المعنوى بدائع (إن لم أبع هذا الرقيق فكذا فأعتق) المولى (أو دبر) رقيقه تدبيرا (مطلقا) فلا يحنث بالمقيد فتح (أو استولد) الأمة (حنث) لتحقق الشرط بفوات محلية البيع ،حتى لو قال : إن لم أبعك فأنت حر فدبر أو استولد عتق ولا يعتبر تكرار الرق بالردة لأنه موهوم (قالت له) امرأته (تزوجت علىّ فقال كل امرأة لى طالق طلقت المحلفة) بكسر اللام وعن الثانى لا وصححه السرخسى ، وفى جامع قاضى خان وبه أخذ عامة مشايخنا وفى الذخيرة إن فى حال غضب طلقت وإلا لا

مطلب إذا دخلت أداة الشرط على كان تبقى على معنى المضى

(قوله كإن تزوجت أو صمت) كان المناسب أن يقول كإن كنت تزوجت كما عبر فى البحر بزيادة كنت لأن أداة الشرط تقلب معنى الماضى إلى الاستقبال غالبا فإذا أريد معنى الماضى جعل الشرط كإن كقوله تعالى - إن كنت قلته فقد علمته - إن كان قميصه قدّ - لأن المستفاد من كان الزمن الماضى فقط ، ومع النص على المضى لايمكن إفادة الاستقبال وهذا من خصائص كان دون سائر الأفعال الناقصة ذكره المحقق الرضى ،والظاهر أن هذا أغلبى أيضا بدليل قوله تعالى -وإن كنتم جنبا- بمعنى صرتم كما فى - فكانت هباء - أى صارت (قوله لأنه إخبار) أى فلا يقصد منه الحل والتقريب كما فى البحر ، ولأن مامضى معرف معين لغو وما يستقبل معدم غائب والصفة فى الغائب معتبرة شرح التلخيص (قوله لأن النكاح المعنوى) خص بالتعليل النكاح لأنه المحدث عنه أولا ومثله غيره والمعنوى اسم مفعول من عنى بمعنى قصد عبر به تبعا للبحر عن البدائع والمختار فى الاستعمال معنى بدون واو مثل مرمى ، والمراد أنه الحقيقة المقصودة. قال فى شرح التلخيص : إلا أن ينوى نكاحا أو فعلا صحيحا فى الماضى فيصدق ديانة وقضاء وإن كان فيه تخفيف عليه لأنه نوى حقيقة كلامه ورعاية الحقيقة واجبة ما أمكن وإن نوى الفاسد فى المستقبل صدق قضاء وإن نوى المجاز لما فيه من التغليظ ، ويحنث بالجائز أيضا لأن فيه مافى الفاسد وزيادة اه (قوله فلا يحنث بالمقيد) لجواز بيعه قبل وجود شرطه (قوله حتى لو قال) تفريع على التعليل ولا فرق بين هذا وبين مافى المتن إلا من حيث إن المعلق عتق المخاطب وفى الأول طلاق الزوجة أو عتق عبد آخر (قوله أو استولد) هذا خاص بالأمة ولا يناسبه فتح الكاف ، والتاء فى إن لم أبعك فأنت حر إلا أن يراد به الشخص الصادق بالذكر والأنثى (قوله ولا يعتبر الخ) قبل وقوع اليأس فى الأمة والتدبير ممنوع لجواز أن ترتد فتسبى فيملكها الحالف وأن يحكم القاضى ببيع المدبر. وأجيب بأن من المشايخ من قال لاتطلق لهذا الاحتمال ، والأصح مافى الكتاب لأن مافرض أمرمتوهم نهر. زاد فى غاية البيان فى الجواب عن الأمة أو نقول إن الحالف عقد يمينه على الملك القائم لا الذى سيوجد .

مطلب قالت له تزوجت علىّ فقال كل امرأة لى طالق طلقت المحلفة

(قوله طلقت المحلفة) أى التى دعته إلى الحلف وكانت سببا فيه بحر وهذا إذا لم يقل مادمت حية لأن كل امرأة نكرة والمخاطبة معرفة بتاء الخطاب فلا تدخل تحت النكرة شرح التلخيص (قوله وعن الثانى لا) أى لاتطلق لأنه أخرجه جوابا فينطبق عليه ، ولأن غرضه إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به. وجه الظاهر عموم الكلام، وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا ، وقد يكون غرضه إيحاشها حين اعترضت عليه ومع التردد لايصلح مقيدا ولو نوى غيرها صدق ديانة لاقضاء لأنه تخصيص العام بحر (قوله وصححه السرخسى الخ) وفى شرح التلخيص قال البزدوى فى شرحه إن الفتوى عليه (قوله وفى الذخيرة الخ) حيث قال : وحكى عن بعض المتأخرين أنه ينبغى

(ولو قيل له ألك امرأة غير هذه المرأة فقال كل امرأة لى فهى كذا لاتطلق هذه المرأة) لأن قوله غير هذه المرأة لايحتمل هذه المرأة فلم تدخل تحت كل بخلاف الأول .

[فروع] يتفرع على الحنث لفوات المحل نحو : إن لم تصبى هذا فى هذا الصحن فأنت كذا فكسرته أو إن لم تذهبى فتأتى بهذا الحمام فأنت كذا فطار الحمام طلقت .

قال لمحرمه : إن تزوجتك فعبدى حر فتزوجها حنث لأن يمينه تنصرف إلى مايتصور .

حلف لايتزوج بالكوفة عقد خارجها لأن المعتبر مكان العقد .

إن تزوجت ثيبا فهى كذا فطلق امرأته ثم تزوجها ثانيا لاتطلق اعتبارا للغرض ، وقيل تطلق .

حلف لايتزوج من بنات فلان وليس لفلان بنت لايحنث بمن ولدت له بحر (النكرة تدخل تحت النكرة

أن يحكم الحال ، فإن جرى بينهما قبل ذلك خصومة تدل على أنه قال ذلك على سبيل الغضب يقع عليها وإلا فلا. قال شمس الأئمة السرخسى وهذا القول حسن عندى اه .

قلت : وهذا توفيق بين ظاهر الرواية الذى عليه المتون وبين رواية أبى يوسف وهو ظاهر فإن حالة الرضا دليل على أنه قصد مجرد الجواب وإرضاءها لا إيحاشها بخلاف حالة الغضب وفى ذلك إعمال كل من القولين فينبغى الأخذ به (قوله لايحتمل هذه المرأة) لأن كلام الزوج فى المسألتين مبنى على السؤال وإنما يدخل فى كلامه مايجوز دخوله فى السؤال ولفظ امرأة فى المسألة الأولى يتناولها بخلاف لفظ غير هذه فى المسألة الثانية أفاده فى الذخيرة (قوله لفوات المحل) أى المذكور فى مسألة إن لم أبع هذا الرقيق الخ فكان الأولى ذكر ذلك هناك كما فعل فى البحر والنهر (قوله فكسرته) أى على وجه لايمكن التئامه إلا بسبك جديد كما هو ظاهر (قوله طلقت) أى لبطلان اليمين باستحالة البر كما إذا كان فى الكوز ماء فصب على مامر نهر ، وأراد ببطلانها بطلان بقائها. وقال فى النهر أيضا وكان ذلك فى الحمام يمين الفور وإلا فعود الحمام بعد الطيران ممكن عقلا وعادة فتدبره (قوله قال لمحرمه) أى نسبا أو رضاعا أو مصاهرة ط (قوله إلى مايتصور) وهو العقد عليها فإنها محل له فى الجملة. قال فى التتارخانية : ولو قال إن تزوجت الجدار أو الحمار فعبدى حر لا تنعقد يمينه اه أى لأنه غير محل أصلا. وفيها : قال لأجنبية إن نكحتك فأنت طالق تنصرف إلى العقد ولو لامرأته أو جاريته فإلى الوطء حتى لو تزوجها بعد الطلاق أو العتق لايحنث (قوله عقد خارجها) أى بنفسه أو وكيله فإذا كان فى الكوفة وعقد وكيله خارجها لايحنث كما فى الخانية عن حيل الخصاف (قوله لأن المعتبر مكان العقد) فلو تزوج امرأة بالكوفة وهى فى البصرة زوّجها منه فضولى بلا أمرها فأجازت وهى فى البصرة حنث الحالف ويعتبر مكان العقد وزمانه لإمكان الإجازة وزمنها خانية (قوله اعتبارا للغرض) فإن غرضه غير التى معه (قوله لايحنث بمن ولدت له) قال الصدر الشهيد هذا موافق قول محمد . أما مايوافق قولهما فقد ذكر فى الجامع الصغير أن من حلف لايكلم امرأة فلان وليس لفلان امرأة ثم تزوج امرأة وكلمها الحالف حنث عندهما خلافا لمحمد ، وفى الحجة والفتوى على قولهما تاترخانية .

مطلب النكرة تدخل تحت النكرة والمعرفة لاتدخل

(قوله النكرة فدخل تحت النكرة الخ) المراد بالنكرة مايشمل المعرف من وجه كالعلم المشارك له غيره فى الاسم وكالمضاف إلى الضمير إذا كان تحته أفراد مثل نسائى طوالق كما يظهر ، والمراد بالمعرفة كما قال فى الذخيرة ماكان معرفا من كل وجه ، وهو مالايشاركه غيره فى ذلك كالمشار إليه كهذه الدار وهذا العبد ، والمضاف إلى الضمير كدارى

والمعرفة لا) تدخل تحت النكرة ، فلو قال : إن دخل هذه الدار أحد فكذا والدار له أو لغيره فدخلها الحالف حنث لتنكيره ولوقال : داري أو دارك لاحنث بالحالف لتعريفه وكذا لو قال : إن مس هذا الرأس أحد وأشار إلى رأسه لايحنث الحالف بمسه ، لأنه متصل به خلقة ، فكان معرفة أقوى من ياء الإضافة بحر وذكره المصنف قبيل باب اليمين فى الطلاق معزيا للأشباه (إلا) بالنية و (فى العلم) كإن كلم غلام محمد بن أحمد أحد ، فكذا دخل الحالف لو هو كذلك لجواز استعمال العلم فى موضع النكرة فلم يخرج الحالف من عموم النكرة بحر ،

قلت : وفى الأشباه المعرفة لاتدخل تحت النكرة

وعبدى ، أما المعرف بالاسم كمحمد بن عبد الله والمضاف إليه كدار محمد بن عبد الله فإنه يدخل تحت النكرة ، لأن الاسم لايقطع الشركة من كل وجه ولذا يحسن الاستفهام فيقال من محمد بن عبد الله فبقى فيه نوع تنكير فمن حيث التعريف يخرج عن اسم النكرة ، ومن حيث التنكير لايخرج ، فلا يخرج بالشك والاحتمال ولا يرد مالو قال : فلانة بنت فلان التى أتزوجها طالق حيث يتعلق الطلاق بالاسم لا بالتزوج ، لأنه لا احتمال للخروج هنا ولا يرد أيضا كل امرأة أتزوجها مادامت عمرة حية فهى طالق حيث لاتطلق عمرة إذا تزوجها ، لأن عامة المشايخ على تقييده بما إذا كانت مشارا إليها بأن قال عمرة هذه وإلا دخلت تحت اسم امرأة ولأن الاسم والنسب وضعا لتعريف الغائب لا الحاضر لأن تعريفه بالإشارة كما فى الشهادة وتمام الكلام على ذلك فى الذخيرة وما ذكر من عدم دخول المعرفة تحت النكرة إنما هو إذا كانا فى جملة واحدة بخلاف الجملتين كما يأتى (قوله والدار له أو لغيره) أشار بالتعميم إلى خلاف الحسن بن زياد حيث قال إن الدار لو كانت له لايحنث ، لأن الإنسان لايمنع نفسه عن دخول دار نفسه . والجواب أنه قد يمنع نفسه لغيظ ونحوه كما فى شرح التلخيص (قوله لتنكيره) أى لتنكير الحالف نفسه حيث لم يعينها باضافة الدار إليه ، لأن الدار وإن ذكرت بالإشارة إليها لم يتعين مالكها بخلاف الإشارة إلى جزئه كهذا الرأس كما يأتى (قوله لا حنث بالحالف) كان المناسب زيادة والمخاطب أى فى قوله دارك وفى بعض النسخ لاحنث بالمالك وهى أولى (قوله لتعريفه) أى من كل وجه لأن ياء المتكلم وكاف المخاطب لا يدخل فيهما غيرهما فلا يدخلان تحت النكرة وهى أحد إلا أن ينوى دخول نفسه أو المخاطب ، لأن أحد شخص من بنى آدم وهما كذلك ، وكذا لو قال إن ألبست هذا القميص أحدا فأنت طالق لايدخل الحالف فلا يحنث إذا ألبسه لنفسه إلا بالنية وكذا لو قال لعبده أعتق أى عبيدى شئت لا يدخل المخاطب ، حتى لو أعتق نفسه لايعتق ، لأن الضمير المستتر فى أعتق معرفة فلا يدخل تحت أى لأنها وإن كانت عند النحاة معرفة بالإضافة إلا أنها بمنزلة النكرة ، لأنها تصحب النكرة لفظا مثل أى رجل ومعنى مثل — أيكم يأتينى بعرشها — لأن المعنى أى واحد منكم ، ولأن الأمر بالإعتاق توكيل ، فلا يدخل المأمور فيه كقولها لرجل زوجنى من شئت ليس له أن يزوجها من نفسه وتمامه فى شرح التلخيص (قوله فكان) أى الحالف أو ما ذكر من التعريف أقوى من ياء الإضافة أى أقوى تعريفا من تعريف ياء الإضافة (قوله إلا بالنية) أى لو نوى دخول المعرف تحت النكرة فإنها تشمله وغيره كامر فيحنث قال فى الذخيرة لأنه نوى المجاز وفيه تغليظ عليه ، فيحنث بما نوى ويحنث بغيره لأنه الظاهر فى القضاء (قوله وفى العلم) لاحاجة إلى استثنائه لما قدمناه من أن المراد بالمعرفة ما كان معرفا من كل وجه وهو ما لايشاركه غيره (قوله دخل الحالف لو هو كذلك) أى لو كان اسمه محمد بن أحمد والغلام له فإذا كلم غلامه حنث وأما لو كان الحالف غيره فإنه يحنث بالأولى لأنه منكر من كل وجه (قوله لجواز استعمال العلم فى موضع النكرة) أى من حيث إن المسمى بهذا الاسم كثير فصار كأنه قال من كلم غلام رجل مسمى بهذا الاسم ولو قال كذلك لم يتعين الحالف

إلا المعرفة فى الجزاء : أى فتدخل فى النكرة التى هى فى موضع الشرط كإن دخل دارى هذه أحد فأنت طالق فدخلت هى طلقت ولو دخلها هو لم يحنث ، لأن المعرفة لاتدخل تحت النكرة وتمامه فى القسم الثالث من أيمان الظهيرية (ويجب حج أو عمرة ماشيا) من بلده (فى قوله على المشى إلى بيت الله تعالى أو الكعبة وأراق دما إن ركب لإدخاله النقص ، ولو أراد ببيت الله بعض المساجد لم يلزمه شىء ولا شىء بالخروج أو الذهاب بعلى بيت الله أو المشى) إلى (الحرم أو) إلى (المسجد الحرام) أو باب الكعبة أو ميزابها (أو الصفا أو المروة) أو مزدلفة أو عرفة لعدم العرف (لايعتق عبد قيل له إن لم أحج العام فأنت حر) ثم قال حججت وأنكر العبد

فصح دخوله تحت النكرة التى هى أحد (قوله إلا المعرفة فى الجزاء الخ) وكذا عكسه وهو المعرفة فى الشرط ، فإنها تدخل تحت النكرة فى الجزاء :

وحاصله كما فى شرح التلخيص أن المعرفة لاتدخل تحت النكرة إذا كانت فى جملة واحدة ، فلو فى جملتين لايمتنع دخولها لأن الشىء لايتصور أن يكون معرفا منكرا فى جملة واحدة بخلاف الجملتين لأنهما كالكلامين ففى إن دخل دارى هذه أحد فأنت طالق فدخلتها هى تطلق لأنها وإن كانت معرفة بتاء الخطاب إلا أنها وقعت فى الجزاء فلم يمتنع دخولها تحت نكرة الشرط وهى أحد ، وفى قوله لها إن فعلت كذا فنسائى طوالق ففعلت المخاطبة تطلق معهن ، لأنها معرفة فى الشرط فجاز أن تدخل تحت الجزاء ، وتكون منكرة فى الجزاء يعنى باعتبار كونها واحدة غير معينة من جملة معلومة ذكرت فى الجزاء اهـ وبه علم أن نسائى نكرة هنا وإن أضيف إلى الضمير لأن المراد بالنكرة ماليس معرفا من كل وجه وهذا كذلك ولذا يصح الاستفهام عنهن فيقال من نساؤك كما مر فى العلم (قوله لأن المعرفة الخ) علة لقوله لم يحنث والمراد بالمعرفة ياء المتكلم فى دارى وقوله لاتدخل تحت النكرة أى التى فى جملتها :

مطلب قال على المشى إلى بيت الله تعالى أو الكعبة

(قوله ويجب حج أو عمرة ماشيا الخ) أى استحسانا وعلله فى الفتح بأنه تعورف إيجاب أحد النسكين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل مالو قال : على حجة أو عمرة ، وإلا فالقياس أن لايجب بهذا شىء ، لأنه التزم ماليس بقربة واجبة وهو المشى ولا مقصودة اهـ وقدمنا أول الأيمان فى بحث النذر أن مثله النذر بذبح فانه عبارة عن النذر بذبح شاة ، وقدمنا أن صيغة النذر تحتمل اليمين كما مر بيانه فى آخر كتاب الصوم فلذا ذكروا مسائل النذر فى الأيمان فافهم (قوله من بلده) قال فى النهر : ثم إن لم يكن بمكة لزمه المشى من بيته على الراجح لامن حيث يحرم من الميقات والخلاف فيما إذا لم يحرم من بيته ، فإن أحرم منه لزمه المشى منه اتفاقا وإن كان بمكة وأراد أن يجعل الذى لزمه حجا فإنه يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشيا إلى أن يطوف طواف الزيارة كغيره ، وإن أراد إسقاطه بعمرة فعليه أن يخرج إلى الحل ويحرم منه وهل يلزمه المشى فى ذهابه خلاف ، والوجه يقتضى أنه يلزمه إذ الحاج يلزمه المشى من بلدته مع أنه ليس محرما بل ذاهب إلى محل الإحرام ليحرم منه فكذا هذا اهـ والتوجيه لصاحب الفتح وتبعه فى البحر أيضا (قوله إن ركب) أى فى كل الأوقات أو أكثرها ، فإن ركب فى غير ذلك تصدق بقدره ط (قوله لإدخاله النقص) أى فيما التزمه (قوله أو المشى إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام) هذا قوله وقالا لزمه فى هذين أحد النسكين ، والوجه أن يحمل على أنه تعورف بعد الإمام إيجاب النسك فيهما فقالا به فيرتفع الخلاف كما حققه فى الفتح ، وتبعه فى البحر وغيره (قوله لعدم العرف) علة لجميع ماتقدم ، فليس الفارق فى هذه المسائل إلا العرف ط .

وأتى بشاهدين (فشهدا بنحره) لأضحيته (بكوفة) لم تقبل لقيامها على نفى الحج إذ التضحية لاتدخل تحت القضاء . وقال محمد : يعتق ورجحه الكمال :

(حلف لايصوم حنث بصوم ساعة بنية) وإن أفطر لوجود شرطه (ولو قال) لاأصوم

مطلب إن لم أحج العام فأنت حر فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق

(قوله لم تقبل الخ) أى عندهما ، لأنها قامت على النفى ، لأن المقصود منها نفى الحج لا لإثبات التضحية لأنها لامطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج ، غاية الأمر أن هذا النفى مما يحيط به علم الشاهد ، لكنه لايميز بين نفى ونفى تيسيرا هداية :

مطلب شهادة النفى لاتقبل إلا فى الشروط

وحاصله : أنه لايفصل فى النفى بين أن يحيط علم الشاهد فتقبل الشهادة به أولا فلا بل لاتقبل على النفى مطلقا . نعم تقبل على النفى فى الشروط ، حتى لو قال لعبده : إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهد أنه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه كما فى المبسوط وأراد أن مانحن فيه كذلك . وأجيب بأنها قامت على أمر معاين وهو كونه خارج البيت فيثبت النفى ضمنا ، واعترضه فى الفتح بأن العبد كما لاحق له فى التضحية لاحق له فى الخروج فإذا كان مناط القبول كون المشهود به أمرا وجوديا متضمنا للمدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفى فقول محمد أوجه اه وتبعه فى البحر والنهر ، لكن أجاب المقدسى فى شرحه بأن الشهادة بعدم الدخول أولت بالخروج الذى هو وجودى صورة وفى الحقيقة المقصود أن الخروج يمكن الإحاطة به بلا ريب بأن يشاهد العبد خارج الدار فى جميع اليوم فهى نفى محصور بخلاف التضحية بالكوفة ليست ضدا للحج على أنه يمكن أن يكون ذلك كرامة له وهى جائزة كما قالوا فى المشرقى والمغربية فتأمل اه :

مطلب حلف لايصوم حنث بصوم ساعة

(قوله لوجود شرطه) وهو الصوم الشرعى إذ هو الإمساك عن المفطر على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على أدنى إمساك فى وقته فهو تكرار الشرط ، ولأنه بمجرد الشروع فى الفعل إذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا نزل إبراهيم عليه السلام ذابحا بامرار السكين فى محل الذبح ، فقيل له — قد صدقت الرؤيا — بخلاف ما إذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة كما يأتى فتح . واعترض بأن الصوم الشرعى أقله يوم ، وأجيب بأنه يطلق شرعا على مادونه . ودفع بأن المطلق ينصرف إلى الكامل :

قلت : جوابه أن هذا لو قال صوما كما يأتى أما بدون تصريح بمصدر أو ظرف فالمراد الحقيقة وقد وجدت بالأقل ، ولهذا يقال فى الشرع والعرف إنه صام ثم أفطر فيحنث لوجود شرط الحنث قبل الإفطار ثم لايرتفع بعد تحققه فافهم :

ثم اعلم أن ماذكره المصنف هنا كبقية المتون مخالف لما قدمه فى هذا الباب من أنه لو حلف لايصلى أولايصوم فهو على الصحيح دون الفاسد كما قدمناه وكنت أجبت عنه فى باب نكاح الرقيق ، بأن المراد بالصحيح ماوجدت حقيقته الشرعية على وجه الصحة فلا يضره عروض الفساد بعد ذلك ويفيده ما ذكرناه عن الفتح من التعليل ، وعليه فقوله دون الفاسد احتراز عن الفاسد ابتداء كما لو نوى الصوم عند الفجر وهو يأكل أو شرع فى الصلاة

(صوما أو يوما حنث بيوم) لأنه مطلق فيصرف إلى الكامل .

(حلف ليصومن هذا اليوم وكان بعد أكله أو بعدالزوال صحت) اليمين (وحنث للحال) لأن اليمين لاتعتمد الصحة بل التصور كتصوره فى الناسى وهو (كما لو قال لامرأته إن لم تصلى اليوم فأنت كذا فحاضت من ساعتها أو بعد ماصلت ركعة) فإن اليمين تصح وتطلق فى الحال لأن درور الدم لايمنع كما فى الاستحاضة بخلاف مسألة الكوز ،

محدثا فليتأمل . ثم رأيت فى الفتح مايفيد المنافاة بين القولين حيث استشكل المسألة المارة ، ثم أجاب بأن ما هنا أصح لأنه نص محمد فى الجامع الصغير لكنه بعد أسطر أجاب مستندا للذخيرة بأن المراد بالفاسد مالم يوصف بوصف الصحة فى وقت بأن يكونابتداء الشروع غير صحيح وقال وبه يرتفع الإشكال ، وتبعه فى البحر والنهر وهذا عين مافهمته من الإشكال والجواب والحمد لله على إلهام الصواب (قوله لأنه مطلق الخ) علة للمسألتين : أى فلايراد باليوم بعضه ، وكذا فى صوم ، لأن المراد بهما المعتبر شرعا فافهم . قال فى الفتح : أمافى يوما فظاهر وكذا فى صوما لأنه مطلق فينصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعا ولذا قلنا لو قال لله علىّ صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالإجماع ،وكذا إذا قال علىّ صلاة تجب ركعتان عندنا لايقال المصدر مذكور بذكر الفعل ، فلا فرق بين حلفه لايصوم ، ولا يصوم صوما فينبغى أن لايحنث فى الأول إلا بيوم لأنا نقول الثابت فى ضمن الفعل ضرورى لايظهر أثره فى غير تحقق الفعل بخلاف الصريح ، فإنه اختيارى يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال اهـ (قوله لأن اليمين الخ) جواب عما أورد من أن اليمين هنا صحت مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال ورد فى الفتح إلا يراد بأن كلامنا كان فى المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم مقيد معرف ، وإنما تشكل هذه المسألة والتى بعدها على قول أبى حنيفة ومحمد لأن التصور شرعا منتف، وكونه ممكنا فى صورة أخرى وهى صورة النسيان والاستحاضة لايفيد حيث كان فى صورة الحلف مستحيلا شرعا لأنه لم يحلف إلاعلى الصوم والصلاة الشرعيتين أما على قول أبى يوسف فظاهر اهـ (قوله كتصوره فى الناسى) أى فى الذى أكل ناسيا فإن حقيقة الصوم : وهى الإمساك عن المفطرات غير موجودة مع أنه اعتبره الشارع صائما فقد وجد الصوم مع الأكل وهذا نظير قوله بعد أكله وأما قوله أو بعد الزوال فلم يوجد له نظير والناسى لايصلح نظيرا له وعن هذا قال فى النهر : وأنت خبير بأن الصورة فيما إذا حلف بعد الزوال فى الناسى الذى لم يأكل ممنوع اهـ .

قلت : ويجاب بأن المراد إمكان تصوره مع فقد شرط وقد وجد ذلك فى الناسى ولا فرق بين شرط وشرط فيصلح ذلك نظيرا لهما ، ويدل لما قلنا مافي الذخيرة من أن المراد بالتصور بعد الزوال وبعد الأكل أن الله سبحانه لوشرع الصوم بعدهما لم يكن مستحيلا ألا ترى كيف شرعه بعد الأكل ناسيا ، وكذلك الصلاة مع الحيض تتصور لأن الحيض ليس إلا درور الدم وأنه لاينافى شرعية الصلاة ألا ترى أن الصلاة فى حق المستحاضة مشروعة وشرط إقامة الدليل مقام المدلول التصور لا الوجود بخلاف مسألة الكوز الخ اهـ ملخصا .

قلت : وبهذا يجاب عن إشكال الفتح ، لأن المراد أنه لوشرع لم يكن مستحيلا شرعا لهذه الشواهد . نعم يقوى إشكاله ما قدمه الشارح فى بحث مسألة الكوز إن لم تصل الصبح غدا فأنت كذا لايحنث بحيضها بكرة فى الأصح وعزاه فى البحر هنا للمنتقى ، وقال هنا فحينئذ لايحنث فى مسألة الصوم أيضا على الأصح ، قال : لكن جزم فى المحيط بالحنث فيهما وفى الظهيرية أنه الصحيح اهـ فافهم (قوله كما فى الاستحاضة) فإنها فقد معها شرط الصلاة مع حكم الشارع عليها بالصحة ، فعلم أن شرعيتها مع فقد شرط غير مستحيلة بمعنى أنه تعالى لوشرعها مع الحيض

محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه (وحنث فى لايصلى بركعة) بنفس السجود بخلاف إن صليت ركعة فأنت حر لايعتق إلا بأولى شفع لتحقق الركعة (وفى) لايصلى (صلاة بشفع) وإن لم يقعد بخلاف لايصلى الظهر مثلا فإنه يشترط التشهد (و) حنث (فى لايؤم أحدا باقتداء قوم به بعد شروعه وإن) وصلية

لأمكنه كما مر فلا يرد إشكال الكمال فافهم (قوله لأن محل الفعل) أى المحلوف عليه بقوله لاأشرب ماء هذا الكوز والحال أنه لاماء فيه .

مطلب حلف لايصلى حنث بركعة

(قوله بركعة) أى استحسانا لأن الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فمالم يأت بها لاتسمى صلاة يعنى لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفى بانتفاء الجزء ، بخلاف الصوم فإنه ركن واحد ويتكرر بالجزء الثانى . وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست فى الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنث . وأجيب بأنها موجودة بعد رفع رأسه من السجدة وهذا إنما يتم بناء على توقف الحنث على الرفع منها والأوجه خلافه على أنه لو سلم فليست تلك القعدة هى الركن . والحق أن الأركان الحقيقية هى الخمسة والقعدة ركن زائد على ماتحرر وإنما وجبت للختم فلا تعتبر ركنا فى حق الحنث اه فتح ملخصا قال فى النهر : وقدمنا أنها شرط لاركن وهو ظاهر فى توقف حنثه على القراءة فى الركعة وإن كانت ركنا زائدا وهذا أحد قولين ، وقيل يحنث بدونها حكاهما فى الظهيرية (قوله بنفس السجود) أى بوضع الجبهة على الأرض لتمام حقيقة السجود به بلا توقف على الرفع وهو الأوجه كما فى الفتح (قوله لتحقق الركعة) تقدم أن الصلاة تتحقق بوجود الأركان الأربعة ، لكن إذا قال ركعة فقد التزم زيادة على حقيقة الصلاة وهو صلاة تسمى ركعة وهى الركعة الأولى من شفع ، فلو صلى ركعة ثم تكلم لايحنث ، لأنها صورة ركعة لاصلاة هى ركعة وقال فى الظهيرية لأنه ماصلى ركعة لأنها بتيراء ولو صلى ركعتين حنث بالركعة الأولى. قال فى البحر : وقد علم مما ذكرنا أن النهى عن البتيراء مانع لصحة الركعة وهى تصغير البتراء تأنيث الأبتر وهو فى الأصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص اه (قوله وإن لم يقعد الخ) مأخوذ من الفتح حيث قال : حلف لايصلى صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين ؟ اختلفوا فيه والأظهر أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل وهو ما إذا حلف لايصلى صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته أى من أنها ركن زائد ، وإن عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتى الفجر ، ينبغى أن لايحنث حتى يقعد اه وفى النهر عن العناية أن الصلاة لاتعتبر شرعا بدونها وصلاة الركعتين عبارة عن صلاة تامة وتمامها شرعا لايكون إلا بالقعدة ثم قال بعد نقل مافى الفتح : وتوجيه المسألة يشهد لما فى العناية اه .

وحاصله : أنه لابد من القعدة مطلقا وهذا كله مخالف لما فى البحر عن الظهيرية حيث قال : والأظهر والأشبه أن عقد يمينه على مجرد الفعل ، وهو إذا حلف لايصلى صلاة لايحنث قبل القعدة وإن عقدها على الفرض وهى من ذوات المثنى فكذلك وإن كان من ذوات الأربع حنث ، ولو حلف لايصلى الظهر لايحنث حتى يتشهد بعد الأربع اه لكن فيه شبه المنافاة إذ لافرق يظهر بين قوله لاأصلى الفرض وقوله لا أصلى الظهر مثلا تأمل وفى التاتر خانية : لو حلف لايصلى الظهر أو الفجر أو المغرب لايحنث حتى يقعد فى آخرها ويظهر لى أن الأوجه مافى العناية كما مر عن النهر ويظهر منه أيضا اشتراط القعدة فى قوله لاأصلى ركعة وإلا فهى صورة ركعة لاركعة حقيقية تأمل (قوله بعد شروعه) متعلق باقتداء (قوله وإن وصلية) لكن الذى فى نسخ المتن المجردة صدق بلا واو فتكون إن شرطية وجوابها صدق .

م قصد أن لايؤم أحدا) لأنه أمهم (وصدق ديانة) فقط (إن نواه) أى أن لايؤم أحدا (وإن أشهد قبل شروعه) أنه لايؤم أحدا (لايحنث مطلقا) لاديانة ولا قضاء وصح الاقتداء ولو فى الجمعة استحسانا (كما) لاحنث (لو أمهم فى صلاة الجنازة أو سجدة التلاوة) لعدم كمالها (بخلاف النافلة) فإنه يحنث وإن كانت الإمامة فى النافلة منهيا عنها .

[فروع] إن صليت فأنت حر فقال صليت وأنكر المولى لم يعتق لإمكان الوقوف عليها بلا حرج .

قال : إن تركت الصلاة فطالق فصلتها قضاء طلقت على الأظهر ظهيرية .

حلف ماأخر صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها استظهر الباقانى عدم حنثه لحديث «فإن ذلك وقتها» .

اجتمع حدثان فالطهارة منهما .

مطلب حلف لايؤم أحدا

(قوله لأنه أمهم) أى فى الظاهر قال فى الظهيرية وقصده أن لايؤم أحدا أمر بينه وبين الله تعالى ثم قال وذكر الناطفى أنه إذا نوى أن لايؤم أحدا فصلى خلفه رجلان جازت صلاتهما ، ولايحنث لأن شرط الحنث أن يقصد الإمامة ولم يوجد اه وظاهره أنه لايحنث قضاء أيضا ففى المسألة قولان ، ويظهر لى الثانى لأن شروعه وحده أولا ظاهر فى أنه لم يرد الإمامة ، وصحة اقتدائهم به لايلزم منها نيته ولذا لو أشهد لم يحنث مع صحة اقتدائهم لأن نية الإمام الإمامة شرط لحصول الثواب له لالصحة الاقتداء (قوله ولو فى الجمعة) لأن الشرط فيها الجماعة وقد وجد فتح. وعبارة البحر عن الظهيرية : وكذلك لو صلى هذا الحالف بالناس الجمعة ، فهو على ماذكرنا اه ومقتضاه أنه إن أشهد لايحنث أصلا وإلا حنث قضاء لاديانة إن نوى لكن فى البزازية ولو أشهد قبل دخوله فى الصلاة فى غير الجمعة أن يصلى لنفسه لم يحنث ديانة ولا قضاء اه ومفهومه أنه فى الجمعة يحنث قضاء وإن أشهد ، ولعل وجهه أن الجماعة شرط فيها فإقدامه عليها ظاهر فى أنه أم فيها تأمل (قوله لعدم كمالها) قال فى الظهيرية : لأن يمينه انصرفت إلى الصلاة المطلقة اه أى والمطلقة هى الكاملة ذات الركوع والسجود وما بحثه فى الفتح من أنه ينبغى إذا أم فى الجنازة إن أشهد صدق فيهما ، وإلا ففى الديانة خلاف المنقول كما فى النهر .

قلت : وبحث الفتح وجيه إلا إذا حلف أن لايؤم أحدا فى الصلاة فتنصرف الصلاة إلى الكاملة أما بدون ذكر الصلاة فالإمامة موجودة فى الجنازة تأمل (قوله فإنه يحنث) أى على التفصيل المار كما هو ظاهر (قوله منهيا عنها) أى إذا كانت على وجه التداعى وهو أن يقتدى أربعة بواحد ط (قوله لإمكان الوقوف عليها) أى فكان القول للمولى لإنكاره شرط العتق بخلاف نحو المحبة والرضا من الأمور القلبية ؛ فإن القول فيها للمخبر عنها (قوله طلقت على الأظهر) الظاهر أن هذا فى عرفهم وفى عرفنا تارك الصلاة من لايصلى أصلا اه ح (قوله استظهر الباقانى الخ) هو أحد القولين ومبنى الثانى على انصراف الوقت إلى الأصلى كما فى الفتح وهو الموافق للعرف كما أفاده ح لكن قد يقال : لاتأخير من النائم فالأظهر مافى البزازية من أن الصحيح أنه إن كان نام قبل دخول الوقت وانتبه بعده لايحنث وإن كان نام بعد دخوله حنث (قوله اجتمع حدثان فالطهارة منهما) أى مطلقا كجنابتين من امرأتين أو جنابة وحيض أو بول ورعاف. قال فى البحر : فلو حلف لايغتسل من امرأته هذه فأصابها ثم أصاب أخرى أو بالعكس ثم اغتسل فهو منهما وحنث ، وكذا لو حلفت لاتغتسل من جنابة أو من حيض فأجنبت وحاضت ثم اغتسلت فهو منهما وقال الجرجانى : هو من الأول اتحد الجنس أولا كبول ورعاف وقال أبو جعفر : إن اتحد فمن الأول وإلا فمنهما ، وقال الزاهد عبد الكريم كنا نظن أن الوضوء

حلف ليصلين هذا اليوم خمس صلوات بالجماعة ويجامع امرأته، ولا يغتسل يصلى الفجر والظهر والعصر بجماعة ثم يجامعها ثم يغتسل كما غربت ويصلى المغرب والعشاء بجماعة فلا يحنث :

(حلف لايحج فعلى الصحيح منه) فلا يحنث بالفاسد (ولا يحنث حتى يقف بعرفة عن الثالث) أى محمد (أو حتى يطوف أكثر الطواف) المفروض (عن الثانى) وبه جزم فى المنهاج للعلامة عمر بن محمد العقيلى الأنصارى كان من كبار فقهاء بخارى ومات بها سنة سبعين وخمسمائة ولا يحنث فى العمرة حتى يطوف أكثرها (إن لبست من مغزولك فهو هدى) أى صدقة أتصدق به بمكة (فملك) الزوج (قطنا)

من أغلظهما وإن استويا فمنهما ، وقد وجدنا الرواية عن أبى حنيفة أنه منهما فرجعنا إلى قوله اه ملخصا وثمرة الخلاف تظهر فيما لو حلف : لايتوضأ من الرعاف فرعف ثم بال فتوضأ حنث بلا خلاف ، وإن بال أولا ثم رعف وتوضأ فعلى قول الجرجانى لايحنث وعلى ظاهر الجواب وقول أبى جعفر يحنث تاترخانية : قلت: وبه علم أن ماجزم به الشارح هو ظاهر الرواية (قوله يصلى الفجر الخ) كذا أجاب ابن الفضل حين سئل عنه فقال ينبغى أن يصلى الفجر الخ قال ح : وفيه أنه إن كان المراد باليوم بقية النهار إلى الغروب فكيف يبر بثلاث صلوات فيه ، وإن كان المراد منه مايشمل الليلة بقرينة الخمس صلوات ، فما الحاجة إلى مجامعتها قبل الغروب ، على أن قوله بجماعة لادخل له في الألغاز فتأمل اه .

قلت : لعل وجهه أن يمينه بظاهرها معقودة على بقية النهار ، وبذكره الخمس احتمل أنه أراد مايشمل الليل فإذا جامع واغتسل نهارا يحنث يقينا وكذا لو جامع واغتسل ليلا لأنه وجد شرط الحنث على كلا الاحتمالين لأنه فى النهار لم يجامع وفى الليل قد اغتسل وقد حلف أنه يجامع ولا يغتسل : أما إذا جامع فى النهار واغتسل بعد الغروب فإنه على احتمال كون المراد بقية اليوم لم يوجد شرط الحنث ، وعلى الاحتمال الآخر وجد فلا يحنث بالشك ، وأما التقييد بالجماعة فهو لتأكيد كون الخمس هى المكتوبة : ثم ظهر لى جواب آخر وهو أن يقال : إنها انعقدت على النهار فقط ، لكن لما لم يمكنه أداء الخمس فى النهار انصرفت إلى مايتصور شرعا وهو أداء الكل فى أوقاتها كما مر فيما لو حلف على تزوج محرمه فتزوجها حنث لأن يمينه تنصرف إلى مايتصور وحينئذ فلا يبر إلا إذا صلى كل صلاة فى وقتها وجامع قبل الغروب واغتسل بعده إذ لو جامع واغتسل نهارا حنث لأنه حلف أن لايغتسل فى هذا اليوم وإن كانا فى الليل حنث أيضا لأنه حلف أن يجامع فى النهار وأظن أن هذا الوجه هو المراد وبه يندفع الإيراد فافهم، والله سبحانه أعلم .

مطلب حلف لايحج

(قوله حلف لايحج) أى سواء قال حجة أولا كما فى البحر وغيره (قوله عن الثالث) أى أن هذا مروى عنه (قوله عن الثانى) أى عن أبى يوسف (قوله وبه جزم فى المنهاج) جزم به أيضا فى تلخيص الجامع الكبير لأن الحج عبارة عن أجناس من الفعل كالصلاة فتناولت اليمين جميعها وذلك لايوجد إلا بأكثر طواف الزيارة : فإن جامع فيها لايحنث لأن المقصود من الحج القربة فتناولت اليمين الحج الصحيح كالصلاة شرح الجامع (قوله ولايحنث فى العمرة) أى فيما لو حلف لايعتمر :

مطلب إن لبست من مغزولك فهو هدى

(قوله أى صدقة أتصدق به بمكة) ذكر ضمير به على أن الصدقة بمعنى المتصدق به :

بعد الحلف (فغزلته) ونسج (ولبس فهو هدى) عند الإمام ، وله التصدق بقيمته بمكة لاغير وشرطا ملكه يوم حلف ويفتى بقولهما فى ديارنا لأنها إنما تغزل من كتان نفسها أو قطنها وبقوله فى الديار الرومية لغزلها من كتان الزوج نهر .

(حلف لايلبس من غزلها فلبس تكة منه لايحنث) عند الثانى وبه يفتى

مطلب فى معنى الهدى

قال فى الفتح ومعنى الهدى هنا : مايتصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها ، فان كان نذر هدى شاة أو بدنة فانما يخرجه عن العدة ذبحه فى الحرم والتصدق به هناك ، فلا يجزيه إهداء قيمته . وقيل فى إهداء قيمة الشاة روايتان ، فلو سرق بعد الذبحة فليس عليه غيره ، وإن نذر ثوبا جاز التصدق فى مكة بعينه أو بقيمته ولو نذر إهداء مالم ينقل كاهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها اه .

فالحاصل : أن فى مسألتنا لايخرج عن العهدة إلا بالتصدق بمكة مع أنهم قالوا لو التزم التصدق على فقراء مكة بمكة ألغينا تعيينه الدرهم والمكان والفقير فعلى هـــذا يفرق بين التزام بصيغة الهدى وبينه بصيغة النذر بحر .

مطلب فى الفرق بين تعيين المكان فى الهدى دون النذر

ووجهه أن الهدى جعل التصدق به فى الحرم جزء من مفهومه بخلاف مالو نذر التصدق بدرهم على فقراء الحرم فإن الدرهم لم يجعل التصدق به فى الحرم جزءا من مفهومه بل ذلك وصف خارج عن ماهيته ، ومثله تعيين الزمان والدرهم فلهذا لم يلزم بالنذر ثم رأيت نحوه فى ط عن الشرنبلالية وكالهدى الأضحية فإنها اسم لما يذبح فى أيام النحر ، فالزمان مأخوذ فى مفهومها ، كما سنذكر تحقيقه فى بابها إن شاء الله تعالى ، فالهدى والأضحية خارجان من قولهم ألغينا تعيين الزمان والمكان ، فإن الزمان متعين فى نذر الأضحية والمكان فى الهدى وكذا النذر المعلق كإن شفى الله مريضى فلله علىّ صوم شهر مثلا ، فإنه يتعين فيه الزمان بمعنى أنه لايصح صومه قبل وجود المعلق عليه ، أما المكان والدرهم والفقير فلا تتعين فيه كما حققناه فى بحث النذر أول الأيمان فافهم (قوله بعد الحلف) أفاد أنه لو كان مملوكا وقت الحلف فغزلته فلبسه فإنه هدى بالأولى وهو متفق عليه بحر (قوله وشرطا ملكه يوم حلف) لأن النذر إنما يصح فى الملك أو مضافا إلى سبب الملك ولم يوجد لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب الملك وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه بحر : أى الغزل من قطن الزوج سبب لملك الزوج لما غزلته ، ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف لأنها إذا غزلته كان ذلك سببا لأن يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور وتمامه فى العناية ؛ لكن يشكل أن الشرط إنما هو اللبس وهو ليس سببا للملك . إلا أن يقال إن المراد إن غزلت ثوبا ولبسته فيكون الشرط هو الغزل الذى هو سبب الملك لامجرد اللبس (قوله لأنها إنما تغزل من كتان نفسها) أى فلم يوجد شرط النذر وهو الإضافة إلى ملكه أو سببه ط (قوله وبقوله الخ) هذا ذكره فى النهر والأول ذكره فى الفتح ، وبحث فى كل منهما نوح أفندى بأنه فى حيز المنع ، فإن بعض نســـاء مصر تغزل من كتان الزوج ، وبعض نساء الروم بالعكس لاسيما نساء الجنود الذين يغيبون عنهن سنين ، فالأولى اعتبار الغالب اه ملخصا (قوله لايلبس من غزلها) أى مغزولها كما عبر به قبله وهو عند عدم النية على الثوب ، وإن نوى عين الغزل لايحنث بلبس الثوب لأنه نوى الحقيقة ،

لأنه لايسمى لابسا عرفا (كلايلبس ثوبا من نسج فلان فلبس من نسج غلامه) لايحنث (إذا كان فلان يعمل بيده وإلا حنث) لتعين المجاز (كما حنث بلبس خاتم ذهب) ولو رجلا بلا فص (أو عقد لؤلؤ أو زبرجد أو زمرد) ولو غير مرصع عندهما وبه يفتى (فى حلفه لايلبس حليا) للعرف (لا) يحنث (بخاتم فضة) بدليل حله للرجال (إلا إذا كان مصوغا على هيئة خاتم النساء) بأن كان له فص فيحنث هو الصحيح زيلعى، ولو كان مموها بذهب ينبغي حنثه به نهر كخلخال وسوار .

ولو حلف لايلبس من غزلها فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها حنث، ولو من غزلها خيط واحد لأن الغزل غير مقدر إلا إذا قال ثوبا من غزلها، لأن بعض الثوب لايسمى ثوبا محيط لايلبس من غزلها فلبس ثوبا زره وعراه من غزلها لايحنث، لأنه لا يسمى لبسا عرفا بخلاف اللبنة والزيق منتقى اه بحر ملخصا ولو لبس ثوبا فيه رقعة من غزل غيرها حنث لا لو حلف لايلبس من غزلها فلبس ماخيط من غزلها فتح (قوله لأنه لايسمى لابسا عرفا) بخلاف ما إذا لبس تكة من حرير فإنه يكره اتفاقا، لأن المحرم استعمال الحرير مقصودا، وإن لم يصر لابسا، وقد وجد والمحرم باليمين اللبس، ولم يوجد بحر واعترض المصنف قوله اتفاقا بل هو الصحيح، وكذا القلنسوة ولو تحت العمامة كما فى شرح الوهبانية، وعلى مقابل الصحيح لاحاجة إلى الفرق اه. قال فى البحر: ولا يكره الزر والعرى من الحرير لأنه لايعد لابسا ولامستعملا وكذا اللبنة والزيق لأنه تبع كالعلم (قوله ولو رجلا) أتى به لأن خاتم الفضة ليس حليا فى حقه للعرف بخلاف الذهب (قوله بلافص) بفتح الفاء أى ولو بلافص (قوله ولو غير مرصع عندهما) أما عند الإمام فلو غير مرصع لايحنث وبقولها قالت الأئمة الثلاثة لأنه حلى حقيقة فإنه يتزين به وقال تعالى - وتستخرجون منه حلية تلبسونها - والمستخرج من البحر اللؤلؤ والمرجان وله أنه لايتحلى به عادة إلا مرصعا بذهب أو فضة والأيمان على العرف لاعلى استعمال القرآن قال بعض المشايخ قياس قوله إنه لابأس بلبس اللؤلؤ للغلمان والرجال وقيل هذا اختلاف عصر ففى زمانه كان لايتحلى به إلا مرصعا ويفتى بقولها لأن العرف القائم إنه يتحلى به مطلقا فتح.

مطلب حلف لايلبس حليا

(قوله فى حلفه) متعلق بقوله كما حنث (قوله لا يلبس) بفتح أوله وثالثه وقوله حليا بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلى بفتح فسكون كسدى وسدى بحر (قوله بدليل حله للرجال) أى مع منعهم من التحلى بالفضة، وإنما أبيح لهم لقصد التختم لا للزينة، وإن كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا فى العرف الذى هو مبنى الأيمان وعند الأئمة الثلاثة يحنث فتح (قوله بأن كان له فص) يوهم كلامه ككلام الزيلعى أن ماله فص لايحل للرجال، وفى كراهية القهستانى يجوز الخاتم من الفضة على هيئة خاتم الرجال، وأما إذا كان له فصان أو أكثر فحرام اه وعبارة الفتح ليس فيها هذا الإيهام وهى قال المشايخ هذا إذا لم يكن مصبوغا على هيئة خاتم النساء بأن كان له فص فإن كان حنث لأنه لبس النساء اه تأمل (قوله هو الصحيح) وقيل لايحنث بخاتم الفضة مطلقا وإن كان مما يلبسه النساء. قال فى الفتح: وليس ببعيد لأن العرف بخاتم الفضة ينفى كونه حليا وإن كان زينة (قوله كخلخال وسوار) لأنه لايستعمل إلا للتزين فكان كاملا فى معنى الحلى بحر عن المحيط:

[تتمة] حلف لايلبس ثوبا أو لايشتريه فيمينه على كل ملبوس يستر العورة، وتجوز به الصلاة فلا يحنث ببساط أو طنفسة أو قلنسوة أو منديل يمتخط به أو مقنعة أو لفافة إلا إذا بلغت مقدار الإزار، وكذا العمامة ولو اتزر بالقميص

(حلف لايجلس على الأرض فجلس على) حائل منفصل كخشب أو جلد أو (بساط أو حصير أو) حلف (لاينام على هذا الفراش فجعل فوقه آخر فنام عليه أو لايجلس على هذا السرير فجعل فوقه آخر لايحنث) فى الصور الثلاث كما لو أخرج الحشو من الفراش للعرف ، ولو نكر الأخيرين حنث مطلقا للعموم ، وما فى القدورى من تنكير السرير حمله فى الجوهرة على المعرف (بخلاف مالو حلف لاينام على ألواح هذا السرير أو ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراش) لم يحنث لأنه لم ينم على الألواح بحر كذا فى نسخ الشرح .

لكن ينبغى التعبير بأداة التشبيه نحو كما لو إلى آخر الكلام أو تأخيره عن مقالة القرام ليصح المرام كما لايخفى على ذوى الأفهام كما هو الموجود فى غالب نسخ المتن بديارنا دمشق الشام فتنبه (ولو جعل على الفراش قرام) بالكسر الملاءة (أو) جعل (على السرير بساط أو حصير حنث) لأنه يعد نائما أو جالسا عليهما عرفا بخلاف مامر

أو ارتدى لايحنث والأصل أنه لو حلف على لبس ثوب غير معين لم يحنث إلا باللبس المعتاد ، وفى المعين يحنث كيفما لبسه ولا يحنث بوضع القباء على اللحاف حالة النوم اهـ ملخصا من البحر .

مطلب حلف لايجلس على الأرض أو لاينام على هذا الفراش أو هذا السرير

(قوله على حائل منفصل) أى ليس بتابع للحالف بخلاف ما إذا كان الحائل ثيابه ، لأنه تبع له فلا يصير حائلا ولو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لايحنث لارتفاع التبعية بحر وفتح قال فى النهر : ولم أر مالو جلس على حشيش ، وينبغى أنه لو كان كثيرا يحنث اهـ وظاهره ولو غير مقلوع لأنه فى العرف جالس على الحشيش لا على الأرض (قوله على هذا الفراش) مثله هذا الحصير وهذا البساط هندية ط (قوله لايحنث) لأن الشىء لايتبع مثله فتنقطع النسبة عن الأسفل. وعن أبى يوسف رواية غير ظاهرة عنه أنه يحنث لأنه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر أحدهما تبعا للآخر .

وحاصله : أن كون الشىء ليس تبعا لمثله مسلم ولايضر نا نفيه فى الفراشين بل كل أصل فى نفسه ، ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وإن كان لم يماسه إلا الأعلى فتح . قلت : وهذا هو المتعارف الآن (قوله كما لو أخرج الحشو) أى ونام على الظهارة أو على الصوف والحشو فلا يحنث فيهما لأنه لايسمى فراشا كما فى البحر عن الواقعات (قوله للعرف) راجع للمسائل الثلاث (قوله الأخيرين) أى الفراش والسرير (قوله للعموم) أى عموم اللفظ المنكر للأعلى والأسفل ط (قوله وما فى القدورى) وقع مثله فى الهداية والكنز (قوله حمله فى الجوهرة على المعرف) وكذا فى الفتح حيث قال قوله : ومن حلف لاينام على فراش أى فراش معين بدليل قوله : وإن جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لايحنث اهـ .

قلت : ووجه الدلالة أن قوله فراشا آخر يقتضى أن المحلوف عليه معين ليكون الآخر غيره إذ لو كان منكرا لكان الآخر محلوفا عليه أيضا فافهم قال فى النهر : ويمكن أن يقال إن المدعى إنه لايحنث لأنه لم ينم على الأسفل ، وهذا لافرق فيه بين المنكر والمعين لانقطاع النسبة إليه بالثانى ، وأما حنثه فى المنكر بالأعلى فبحث آخر ولا يخفى ما فيه فإن قوله لايحنث مطلق فالأحسن مامر فتدبر (قوله لكن ينبغى) أى يجب (قوله الملاءة) الذى فى الفتح إنه ساتر رقيق يجعل فوقه كالملاءة المجعولة فوق الطراحة اهـ وفى المصباح : القرام وزان كتاب : الستر الرقيق وبعضهم يزيد وفيه رقم ونقوش ثم قال والملاءة بالضم والمد الريطة ذات لفقين والجمع ملاء بحذف الهاء وقال أيضا الريطة بالفتح كل ملاءة ليست لفقين أى قطعتين وقد يسمى كل ثوب رقيق ريطة (قوله بخلاف مامر) أى من الصور الثلاث

(بخلاف مالو حلف لاينام على ألواح هذا السرير أو ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراش) فإنه لايحنث لأنه لم ينم على الألواح .

(حلف لايمشي على الأرض فمشى عليها بنعل أو خف) أو مشى على أحجار (حنث وإن) مشى (على بساط لا) يحنث .

[فرع] إن نمت على ثوبك أو فراشك فكذا اعتبر أكثر بدنه ، والله أعلم .

باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك

مما يناسب أن يترجم بمسائل شتى من الغسل والكسوة الأصل هنا أن (ماشارك الميت فيه الحى يقع اليمين فيه على الحالتين) الموت والحياة (وما اختص بحالة الحياة) وهو كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر كشتم وتقبيل (تقيد بها) ثم فرع عليه (فلو قال إن ضربتك أو كسوتك أو كلمتك أو دخلت عليك أو قبلتك تقيد) كل منها (بالحياة)

(قوله بخلاف مالو حلف لاينام على ألواح هذا السرير الخ) هذا يوجد فى بعض النسخ وهو الموجود فى نسخ المتن التى بديارنا كما قدمه الشارح لكن يجب إسقاطه كما فى كثير من النسخ لئلا يتكرر بمامر (قوله حنث) لأنه فى العرف ماش على الأرض ولو كانت الأحجار غير متصلة بها (قوله إن نمت على ثوبك الخ) فى البحر عن المحيط قال لها : إن نمت على ثوبك فأنت طالق ، فاتكأ على وسادة لها أو وضع رأسه على مرفقة لها أو اضطجع على فراشها إن وضع جنبه أو أكثر بدنه على ثوب من ثيابها حنث لأنه يعد نائما وإن اتكأ على وسادة أو جلس عليها لم يحنث لأنه لايعد نائما اه والله سبحانه أعلم .

باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك

(قوله مما يناسب الخ) بيان لقوله وغير ذلك لأن مسائل الضرب والقتل ترجم لها فى الهداية بابا مستقلا وكذا مسائل تقاضى الدين ، وترجم لما بقى بمسائل متفرقة ، لأنها ليست من باب واحد ، ويحتمل أن يكون الجار والمجرور فى موضع خبر لمبتدإ محذوف أى هذا الباب مما يناسب ترجمته الخ فالمصدر المنسبك من أن والفعل فاعل يناسب أو هو مبتدأ مؤخر والجار والمجرور خبر مقدم (قوله من الغسل والكسوة) بيان لقوله وغير ذلك فالأولى تقديمه على قوله مما يناسب ط (قوله أو قبلتك) فى بعض النسخ أو قتلتك من القتل .

مطلب ترد الحياة إلى الميت بقدر مايحس بالألم

(قوله تقيد كل منها بالحياة) أما الضرب فلأنه اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن أو استعمال آلة التأديب فى محل يقبله والإيلام والأدب لايتحقق فى الميت ولا يرد تعذيب الميت فى قبره ، لأنه توضع فيه الحياة عند العامة بقدر مايحس بالألم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة بل تجعل الحياة فى تلك الأجزاء المتفرقة التى لايدركها البصر ، وأما الكسوة فلأن التمليك معتبر فى مفهومها ، كما فى الكفارة ولهذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة والميت ليس أهلا للتمليك . وقال الفقيه أبو الليث : لو كانت يمينه بالفارسية ينبغى أن يحنث لأنه يراد به اللبث دون التمليك ولايرد قولهم إنه لو نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته ملكه لأنه مستند إلى وقت الحياة والنصب أو المراد أنه على حكم ملكه فتملكه ورثته حقيقة لاهو وأيضا هذا ملك لاتمليك هذا ماظهر لى .

حتى لو علق بها طلاقا أو عتقا لم يحنث بفعلها فى ميت (بخلاف الغسل والحمل واللمس وإلباس الثوب) كحلفه لايغسله أو لايحمله لايتقيد بالحياة (يحنث فى حلفه) ولو بالفارسية (لايضرب زوجته فمد شعرها أو خنقها أو عضها أو قرصها) ولو ممازحا خلافا لما صححه فى الخلاصة (والقصد ليس بشرط فيه) أى فى الضرب (وقيل شرط على الأظهر) والأشبه بحر وبه جزم فى الخانية والسراجية . وأما الإيلام فشرط به يفتى ويكفى جمعها بشرط إصابة

مطلب فى سماع الميت الكلام

وأما الكلام فلأن المقصود منه الإفهام والموت ينافيه . ولا يرد مافى الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم لأهل قليب بدر « هل وجدتم ماوعدكم ربكم حقا فقال عمر أتكلم الميت يارسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام : والذى نفسى بيده ماأنتم بأسمع من هؤلاء أو منهم » فقد أجاب عنه المشايخ بأنه غير ثابت يعنى من جهة المعنى ، وذلك لأن عائشة ردته بقوله تعالى ـ وما أنت بمسمع من فى القبور ـ إنك لاتسمع الموتى ـ وأنه إنما قاله على وجه الموعظة للأحياء، وبأنه مخصوص بأولئك تضعيفا للحسرة عليهم، وبأنه خصوصية له عليه الصلاة والسلام معجزة ، لكن يشكل عليهم مافى مسلم « إن الميت ليسمع قرع نعالهم إذا انصرفوا» إلا أن يخصوا ذلك بأول الوضع فى القبر مقدمة للسؤال جمعا بينه وبين الآيتين فإنه شبه فيهما الكفار بالموتى ، لإفادة بعد سماعهم وهو فرع عدم سماع الموتى هذا حاصل ماذكره فى الفتح هنا .

وفى الجنائز : ومعنى الجواب الأول أنه وإن صح سنده لكنه معلول من جهة المعنى بعلة تقتضى عدم ثبوته عنه عليه الصلاة والسلام وهى مخالفته للقرآن فافهم، وأما الدخول فلأن المراد به زيارته أو خدمته حتى لايقال دخل على حائط أو دابة والميت لايزار هو وإنما يزار قبره قال عليه الصلاة والسلام «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها » ولم يقل عن زيارة الموتى هذا حاصل ماذكره الشراح هنا فتأمله . وأما التقبيل فلأنه يراد به اللذة أو الإسرار أو الشفقة وأما القتل فكالضرب بل أولى (قوله كحلفه لايغسله الخ) تمثيل لقوله بخلاف الغسل (قوله أو خنقها) أى عصر حلقها ط عن الحموى (قوله خلافا لما صححه فى الخلاصة) قال فى النهر : وإطلاقه يعم حالة الغضب والرضا لكن فى الخلاصة لو عضها أو أصاب رأس أنفها فأدماها فى الجامع الصغير إن كان فى حالة الغضب يحنث وإن كان فى حالة الملاعبة لايحنث وهو الصحيح اه وذكره فى البحر أيضا عن الظهيرية ، لكن فى الفتح قال فخر الإسلام وغيره هذا يعنى الحنث إذا كان فى الغضب أما إذا فعل فى الممازحة فلا يحنث ولو أدماها بلا قصد الإدماء وعن الفقيه أبى الليث أنه قال : أراها فى العربية أما إذا كانت بالفارسية فلا يحنث بمد الشعر والخنق والعض. والحق أن هذا هو الذى يقتضيه النظر فى العربية أيضا إلا أنه خلاف المذهب اه قال المقدسى : لعل وجهه أن هذا اللفظ صار فى العرف منعا لنفسه عن إيلامها بوجه ماهو يشبه عموم المجاز فإن مطلق الإيلام شامل لتلك الأقسام اه وقول الفتح إلا أنه خلاف المذهب قد يشمل حالة الممازحة كما فهمه الشارح تبعا للمصنف مخالفا لتصحيح الخلاصة ، وعبارة المصنف فى منحه أطلقه تبعا لما فى الهداية والكنز وغيرهما من المعتبرات فانتظم ما إذا كانت اليمين بالعربية والفارسية ، وما إذا كان فى حالة الغضب أو المزاح وهو المذهب كما أفاده الكمال اه فافهم (قوله والقصد ليس بشرط فيه) حتى لو حلف لايضرب زوجته فضرب غيرها فأصابها يحنث ، لأن عدم القصد لايعدم الفعل (قوله وقيل شرط) لأنه لايتعارف والزوج لايقصده بيمينه بحر (قوله ويكفى جمعها الخ) أى لو حلف على عدد معين من الأسواط قال فى البحر عن الذخيرة : حلف ليضربن عبده مائة سوط ، فجمع مائة سوط وضربه مرة لايحنث قالوا هذا إذا ضرب ضربا يتألم به وإلا فلا يبر لأنه

كل سوط ، وأما قوله تعالى — وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث — أى حزمة ريحان فخصوصية لرحمة زوجة أيوب عليه الصلاة والسلام فتح .

(حلف ليضربن) أو ليقتلن (فلانا ألف مرة فهو على الكثرة) والمبالغة كحلفه ليضربنه حتى يموت ، أو حتى يقتله أو حتى يتركه لاحيا ولا ميتا ، ولو قال حتى يغشى عليه أو حتى يستغيث أو يبكى فعلى الحقيقة (إن لم

صورة لامعنى والعبرة للمعنى ، ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة كل مرة تقع الشعبتان على بدنه بر لأنها صارت مائة ، وإن جمع الأسواط جميعا وضربه ضربة إن ضرب بعرض الأسواط لايبر لأن كل الأسواط لم يقع على بدنه ، وإن ضربه برأسها إن سوى رؤوسها قبل الضرب بحيث يصيبه رأس كل سوط برّ وأما إذا اندس منها شيء لايبرّ عند عامة المشايخ وعليه الفتوى اه وفى الفتح حتى إن من المشايخ من شرط كون كل عود بحال لو ضرب به منفردا لأوجع المضروب ، وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشايخ وهو أنه لابد من الألم (قوله وأما قوله تعالى الخ) جواب عما أورد على أخذ الإيلام فى مفهوم الضرب فإنه لا إيلام بحزمة الريحان ، فيكون خصوصية إن كانت هى المرادة بالضغث ، وعن ابن عباس أنها قبضة من أغصان الشجر ، وهذا جواب بالمنع أى منع الإيراد والأول جواب بالتسليم كما فى الفتح . وأجاب فى الحواشى السعدية بأن الضرب فى الآية مستعمل فيما لا إيلام فيه فلا يرد السؤال ، فإن مبنى الأيمان على العرف لا على ألفاظ القرآن (قوله ضغثا) فى المصباح هو قبضة من حشيش مختلط رطبها بيابسها ، ويقال ملء الكف من قضبان وحشيش أو شماريخ ، والذى فى الآية قيل كان حزمة من أسل فيها مائة عود وهو قضبان دقاق لاورق لها يعمل منه الحصر والأصل فى الضغث أن يكون له قضبان يجمعها أصل واحد ثم كثر حتى استعمل فيما يجمع (قوله فخصوصية لرحمة) قال القاضى البيضاوى : زوجته ليا بنت يعقوب وقيل رحمة بنت قرائيم بن يوسف (١) ذهبت لحاجة وأبطأت فحلف إن برئ ضربها مائة ضربة فحلل الله تعالى يمينه من ذلك اه ح .

قال فى الفتح : ودفع كونه خصوصية بأنه تمسك به فى كتاب الحيل فى جواز الحيلة وفى الكشاف هذه الرخصة باقية .

والحق أن البر بضرب بضغث بلا ألم أصلا خصوصية لزوجة أيوب عليه السلام. ولاينافى ذلك بقاء شرعية الحيلة فى الجملة حتى قلنا إذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمعها وضرب بها مرة لايحنث ، لكن بشرط أن يصيب بدنه كل سوط منها الخ (قوله فهو على الكثرة والمبالغة) تقدم فى آخر باب التعليق إن لم أجامعها ألف مرة فكذا فعلى المبالغة لاالعدد وقالوا هناك والسبعون كثير ، وأفاد أن القتل بمعنى الضرب كما هو العرف لأنه الذى تمكن فيه الكثرة ، لابمعنى إزهاق الروح إلا مع النية أوالقرينة ، ولذا قال فى الدرر شهر على إنسان سيفا وحلف ليقتلنه فهو على حقيقته ولو شهر عصا وحلف ليقتلنه فعلى إيلامه (قوله كحلفه ليضربنه الخ) الظاهر أن المراد بالمبالغة هنا الشدة لاخصوص كثرة العدد لقول البحر فى مسألة لاحيا ولا ميتا قال أبو يوسف : هذا على أن يضربه ضربا مبرحا ، ثم إن هذا إذا حلف ليضربنه بالسياط حتى يموت أما لو قال بالسيف فهو على أن يضربه بالسيف ويموت كما فى البحر ، ولم يذكر ما لو لم يذكر آلة والظاهر أنه مثل الأول إلا مع النية كما قدمناه

---

(١) (قوله قرائيم بن يوسف) هكذا بخطه بالقاف والثاء المثلثة ، وهو مخالف لما فى تاريخ أبى الفداء ونصه عند ذكر نسب يوشع عليه السلام (ابن أفرايم بقطع الهمزة المفتوحة وسكون الفاء وفتح الراء المهملة بعدها ألف فياء مثناة تحتية مكسورة آخره ميم ابن يوسف الخ) اه وليحرر اه مصححه .

أقتل زيدا فكذا وهو) أى زيد (ميت إن علم) الحالف (بموته حنث وإلا لا) وقد قدمها عند ليصعدن السماء .

(حلف لايقتل فلانا بالكوفة فضربه بالسواد ومات بها حنث) كحلفه لايقتله يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة حنث (وبعكسه) أى ضربه بكوفة وموته بالسواد (لا) يحنث لأن المعتبر زمان الموت ومكانه بشرط كون الضرب والجرح بعد اليمين ظهيرية وفيها إن لم تأتنى حتى أضربك فهو على الإتيان ضربه أولا .

إن رأيته لأضربنه فعلى التراخى مالم ينو الفور .

إن رأيتك فلم أضربك فرآه الحالف وهو مريض لايقدر على الضرب حنث .

إن لقيتك فلم أضربك فرآه من قدر ميل لم يحنث بحر (الشهر وما فوقه) ولو إلى الموت (بعيد ومادونه قريب) فيعتبر ذلك فى ليقضين دينه أو لايكلمه إلى بعيد أو إلى قريب (و) لفظ (العاجل والسريع كالقريب والآجل كالبعيد) وهذا بلا نية (وإن نوى) بقريب وبعيد (مدة) معينة (فيهما فعلى مانوى) ويدين فيما فيه تخفيف عليه بحر .

(حلف لايكلمه مليا أو طويلا إن نوى شيئا فذاك وإلا فعلى شهر ويوم) كذا فى البحر عن الظهيرية ، وفى النهر عن السراج

(قوله وقد قدمها) أى هذه المسألة وبين الشارح وجهها هناك (قوله فضربه بالسواد) أى بالقرى. فى المصباح العرب تسمى الأخضر أسود لأنه يرى كذلك على بعد ، ومنه سواد العراق لخضرة أشجاره وزرعه (قوله زمان الموت ومكانه) نشر مشوش وإنما اعتبر ذلك لأن القتل هو إزهاق الروح فيعتبر الزمان والمكان الذى حصل فيه ذلك ط (قوله بشرط كون الخ) فإن كان قبل اليمين فلا حنث أصلا ، لأن اليمين تقتضى شرطا فى المستقبل لا فى الماضى بحر عن الظهيرية (قوله إن لم تأتنى الخ) قدم هذا الفرع قبيل الباب الذى قبل هذا ، ومحل ذكره هنا وقدمنا وجهه أن حتى فيه للتعليل والسببية لاللغاية ولا للعطف وذكرنا تفاريع ذلك هناك (قوله فعلى التراخى) أى إلى آخر جزء من أجزاء حياته أو حياة المحلوف عليه ، فإن لم يضربه حتى مات أحدهما حنث (قوله لم يحنث) لأن اللقى الذى رتب عليه الضرب لايكون إلا فى مكان يمكن فيه الضرب ، ولذا قالوا لو لقيه على سطح لايحنث أيضا .

قلت : وهذا لو كانت يمينه على الضرب باليد فلو بسهم أو حجر اعتبر ما يمكن تأمل (قوله فيعتبر ذلك الخ) أى إذا حلف ليقضين دينه إلى بعيد فقضى بعد شهر أو أكثر بر فى يمينه لالو قضاه قبل شهر وفى إلى قريب بالعكس (قوله فعلى مانوى) حتى لو نوى بالقريب سنة أو أكثر صحت نيته وكذا إلى آخر الدنيا لأنها قريبة بالنسبة إلى الآخرة فتح (قوله ويدين فيما فيه تخفيف عليه) هذا ذكره فى البحر بحثا وكذا فى النهر ويأتى مايؤيده (قوله كذا فى البحر عن الظهيرية) ومثله فى الخانية (قوله وفى النهر عن السراج الخ) ذكر ذلك فى النهر عند قول الكنز الحين والزمان ومنكرهما ستة أشهر حيث قال وفى السراج : لا أكلمه مليا فهذا على شهر إلا أن ينوى غير ذلك ، ولو قال : لأهجرنك مليا فهو على شهر فصاعدا ، وإن نوى أقل من ذلك لم يدين فى القضاء اه فافهم . وفى بعض نسخ النهر فهو على ستة أشهر فى الموضعين ، ومانقله الشارح موافق للنسخة الأولى . وعبارة النهر هنا وقياس مامر أن يكون على شهر أيضا أى قياس ماذكره فى البعيد والآجل فان مليا وطويلا فى معناهما وكان صاحب النهر نسى ماقدمه عن السراج بدليل عدوله إلى القياس وإلا فكان المناسب أن يقول : وقدمنا عن السراج أنه يكون على شهر أيضا إلا أن تكون النسخة ستة أشهر هذا. وقول السراج لم يدين فى القضاء يؤيد بحث البحر المار آنفا تأمل .

على شهر كذا وكذا يوما أحد عشر وبالواو أحد وعشرون وبضعة عشر ثلاثة عشر (يبر ّ في حلفه ليقضين دينه اليوم لو قضاه نبهرجة) مايرده التجار (وزيوفا) مايرده بيت المال (أو مستحقة) للغير ويعتق المكاتب يدفعها (لا) يبر ّ (لوقضاه رصاصا أو ستوقة) وسطها غش لأنهما ليسا من جنس الدراهم ، ولذا لو تجوز بهما في صرف وسلم لم يجز. ونقل مسكين أن النبهرجة إذا غلب غشها لم تؤخذ ، وأما الستوقة فأخذها حرام لأنها نحاس انتهى وهذه إحدى المسائل الخمس التي جعلوا الزيوف فيها كالجياد (يبر ّ) المديون (في حلفه) لرب الدين (لأقضين مالك

[تنبيه] في المغرب : الملي من النهار الساعة الطويلة . وعن أبي على الفارسي الملي المتسع وقيل في قوله تعالى - واهجرني مليا — أي دهرا طويلا عن الحسن ومجاهد وسعيد بن جبير ، والتركيب دال على السعة والطول اهـ .

قلت : يمكن أن يكون مأخذ تركيبه وجها لزيادة مدته على البعيد والآجل فلذا جزم في الظهيرية والخانية بأنه شهر ويوم وتبعهما المصنف ، وأما على نسخة ستة أشهر فباعتبار أنه اسم لزمان طويل والزمان ستة أشهر تأمل (قوله أحد عشر) لأنه أقل عدد مركب بدون عطف ، وأما بالعطف نحو كذا وكذا فأقل عدد نظيره أحد وعشرون (قوله ثلاثة عشر) لأن البضع بالكسر مابين الثلاثة إلى العشرة ، وقيل إلى التسع كما في المصباح لكن صريح مافي الشرح أن الثلاثة داخلة وما في المصباح يخالفه تأمل .

مطلب ليقضين دينه فقضاه نبهرجة أو ستوقة

(قوله نبهرجة) هذا غير عربي . وأصله نبهره وهو الحظ أي حظ هذه الدراهم من الفضة أقل وغشه أكثر ولذا ردها التجار أي المستقصي منهم والمسهل منهم يقبلها نهر (قوله أو زيوفا) جمع زيف أي كفلس وفلوس مصباح : وهي المغشوشة يتجوز بها التجار ويردها بيت المال ، ولفظ الزيافة غير عربي وإنما هو من استعمال الفقهاء نهر وفتح ، يعني أن فعله زاف وقياس مصدره الزيوف لا الزيافة كما في المغرب (قوله مايرده بيت المال) لأنه لايقبل إلا ماهو في غاية الجودة قهستاني فالنبهرجة غشها أكثر من الزيوف فتح (قوله أو مستحقة للغير) بفتح الحاء أي أثبت الغير أنها حقه : قال في الفتح : وإذا بر في دفع هذه المسميات الثلاثة ، فلو رد الزيوف أو النبهرجه أو استردت المستحقة لايرتفع البر ، وإن انتقض القبض فإنما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الأنواع وعتق فردها مولاه لايرتفع العتق اهـ (قوله أو ستوقة) بفتح السين المهملة وضمها وتشديد التاء قهستاني . قال في الفتح : وهي المغشوشة غشا زائدا وهي تعريب ستوقة أي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه (قوله لأنهما الخ) علة لقوله لايبر ّ. قال الزيلعي وإن كان الأكثر فضة والأقل ستوقة لايحنث وبالعكس يحنث لأن العبرة للغالب (قوله لم يجز) لأنه يلزم الاستبدال ببدلها قبل قبضه وهو غير جائز كما علم في بابه ح (قوله ونقل مسكين) أي عن الرسالة اليوسفية : وهي التي عملها أبو يوسف في مسائل الخراج والعشر للرشيد. ونقل العبارة أيضا في المغرب عند قوله ستوقة وكذا في البحر والنهر عن مسكين ولعل المراد أن الإمام لا ينبغي له أن يأخذ النبهرجة من أهل الجزية أو أهل الأراضي بخلاف الستوقة فإنه يحرم عليه أخذها لأن في ذلك تضييع حق بيت المال ، والله سبحانه أعلم .

مطلب المسائل الخمس التي جعلوا الزيوف فيها كالجياد

(قوله وهذه إحدى المسائل الخمس) الثانية : رجل اشترى دارا بالجياد ونقد الزيوف أخذ الشفيع بالجياد لأنه لايأخذها إلا بما اشترى . الثالثة : الكفيل إذا كفل بالجياد ونقد الزيوف يرجع على المكفول عنه بالجياد

اليوم) فجاء به فلم يجده ودفع للقاضي ولو في موضع لاقاضي له حنث به يفتي منية المفتي ،وكذا يبر (لو) وجده فأعطاه فلم يقبل فوضعه بحيث تناله يده لو أراد) قبضه (وإلا) يكن كذلك (لا) يبر ظهيرية وفيها حلف ليجهدن في قضاء ماعليه لفلان باع ماللقاضي بيعه لو رفع الأمر إليه (وكذا يبر بالبيع) ونحوه مما تحصل المقاصة فيه (به) أي بالدين لأن الديون تقضى بأمثالها (وهبة) الدائن (الدين منه) أي من المديون (ليس بقضاء) لأن الهبة إسقاط

الرابعة : إذا اشترى شيئا بالجياد ونقد البائع الزيوف ثم باعه مرابحة فإن رأس المال هو الجياد . الخامسة : إذا كان له على آخر دراهم جياد فقبض الزيوف فأنفقها ولم يعلم إلا بعد الإنفاق لايرجع عليه بالجياد في قول أبي حنيفة ومحمد ، كما لو قبض الجياد كذا في البحر ح .

مطلب لأقضين مالك اليوم

(قوله ودفع للقاضي) وذكر الناطفي أن القاضي ينصب عن الغائب وكيلا ، وقيل إذا غاب الطالب لايحنث الحالف وإن لم يدفع إلى القاضي ،ولا إلى الوكيل ، وفي بعض الروايات يحنث وإن دفع للقاضي والمختار الأول خانية .

قلت : وهذه إحدى المسائل الخمسة التي يجوز فيها القضاء على المسخر وذكرها ط وسيذكرها الشارح في كتاب القضاء (قوله باع ماللقاضي بيعه الخ) أي لايبر بيمينه إلا إذا باع مايبيعه القاضي عليه إذا امتنع من البيع بنفسه وذلك كما في الجوهرة وغيرها أنه يباع في الدين العروض أولا ثم العقار ويترك له دست من ثياب بدنه ، وإن أمكنه الاجتزاء بدونها باعها ، واشترى من ثمنها ثوبا يلبسه ، لأن قضاء الدين فرض مقدم على التجمل ، وكذا لو كان له مسكن يمكنه أن يجتزئ بدونه ويشترى من ثمنه مسكنا يبيت فيه ، وقيل يباع مالا يحتاج إليه في الحال فتباع الجبة واللبد والنطع في الشتاء (قوله وكذا يبر بالبيع) أي وإن لم يقبض لأن البر وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع ، حتى لو هلك المبيع قبل قبضه انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وإنما نص محمد على القبض ليتقرر الدين على رب الدين لاحتمال سقوط الثمن بهلاك المبيع قبل قبضه ، ولو كان البيع فاسدا وقبضه فإن كانت قيمته تفي بالدين وإلا حنث لأنه مضمون بالقيمة فتح قال في البحر : وشمل ما إذا كان المبيع مملوكا لغير الحالف ولذا قال في الظهيرية إن ثمن المستحق مملوك ملكا فاسدا فملك المديون مافي ذمته (قوله ونحوه الخ) كما لو تزوج الطالب أمة المطلوب ودخل بها أو وجب عليه دين بالاستهلاك أو بالجناية يبر أيضا نهر . والظاهر أن التقييد بالدخول اتفاقي ،واحتمال سقوط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول لاينقض البر كاحتمال هلاك المبيع قبل قبضه كما مر ويؤيده مافي الظهيرية : حلف لا يفارقها حتى يستوفي حقه منها فتزوجها على ماله عليها ، فهو استيفاء وفيها حلف لا يقبض دينه من غريمه اليوم ، واستهلك شيئا من ماله اليوم فلو مثليا لا يحنث لأن الواجب مثله لاقيمته ولو قيميا وقيمته مثل الدين أو أكثر حنث ، لأنه صار قابضا بطريق المقاصة ، وهذا إن استهلكه بعد غصبه لأنه وجد القبض الموجب للضمان فيصير قابضا دينه ، وإن قبله كأن أحرقه لم يحنث لعدم القبض اه ملخصا . وتمام فروع المسألة في البحر (قوله به) متعلق بالبيع والظاهر أنه غير قيد ،حتى لو باعه شيئا بثمن قدر الدين تقع المقاصة وإن لم يجعل الدين الثمن يدل عليه مسألة الاستهلاك المذكورة آنفا ولذا لم يقيد به في الفتح (قوله لأن الديون تقضى بأمثالها) قال في الفتح : لأن قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة ، وهو أن يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لأنه قبضه لنفسه ليتملكه ، وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا وكذا هنا (قوله لأن الهبة إسقاط) ولأن القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالإبراء فلا يكون فعل هذا فعل الآخر فتح .

لامقاصة (و) حينئذ فـ (لا حنث لو كانت اليمين مؤقتة) لعدم إمكان البر مع هبة الدين وإمكان البر شرط البقاء (كما) هو شرط الابتداء كما مر فى مسألة الكوز ، وعليه (لوحلف ليقضين دينه غدا فقضاه اليوم أو حلف ليقتلن فلانا غدا فمات اليوم أو) حلف (ليأكلن هذا الرغيف غدا فأكله اليوم) لم يحنث زيلعى .

(حلف ليقضين دين فلان فأمر غيره بالأداء أو أحاله فقبض برّ وإن قضى عنه متبرع لا) يبر ظهيرية. وفيها حلف لايفارق غريمه حتى يستوفى فقعد بحيث يراه أو يحفظه فليس بمفارق ولو نام أو غفل أو شغله إنسان بالكلام أو منعه عن الملازمة حتى هرب غريمه لم يحنث ، ولوحلف بطلاقها أن يعطيها كل يوم درهما فربما يدفع إليها عند الغروب أو عند العشاء ، قال فإذا لم يخل يوما وليلة عن دفع درهم لم يحنث .

(حلف لايقبض دينه) من غريمه (درهما دون درهم فقبض بعضه لايحنث حتى يقبض كله) قبضا (متفرقا) لوجود شرط الحنث وهو قبض الكل بصفة التفرق (لا) يحنث (إذا قبضه بتفريق ضرورى) كأن يقبضه كله

[تنبيه] قيل إن شرط البر القضاء، ولم يوجد فيلزم الحنث وإلا لزم ارتفاع النقيضين. قال فى الفتح : وهو غلط فإن النقيضين الواجب صدق أحدهما دائما هما فى الأمور الحقيقة كوجود زيد وعدمه ، أما المتعلق قيامهما بسبب شرعى فيثبت حكمهما مابقى السبب قائما وقيام اليمين سبب لثبوت أحدهما من الحنث أو البر ، وينتفيان بانتفائه كما هو قبل اليمين حيث لابرّ ولا حنث ولذا قالوا هنا لم يحنث ولم يقولوا بر ولم يحنث اهـ (قوله وإمكان البر شرط البقاء الخ) أى فى اليمين المؤقتة بخلاف المطلقة فإنه فيها شرط الابتداء فقط ، وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضى زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر بالهبة فتح (قوله وعليه) أى ويبتنى على اعتبار هذا الشرط (قوله لم يحنث) لفوات إمكان البر فى الغد قبل وقته فبطلت اليمين (قوله فأمر غيره) الضمير فيه عائد إلى الحالف وضمير أحاله وقبض إلى فلان. قال ط : أفاد به أن القضاء لا يتحقق بمجرد الحوالة والأمر بل لابد معهما من القبض . قال فى الهندية : وإن نوى أن يكون ذلك بنفسه صدق قضاء وديانة . ولو حلف المطلوب أن لايعطيه فأعطاه على أحد هذه الوجوه حنث ، وإن نوى أن لايعطيه بنفسه لم يدين فى القضاء (قوله حلف لايفارق غريمه الخ) تقدم بعض مسائل الغريم فى أواخر باب اليمين بالأكل والشرب (قوله أو يحفظه) الذى فى المنح والبحر ويحفظه بالواو ط وقال فى البحر : وكذلك لو حال بينهما ستر أو أسطوانة من أساطين المسجد وكذلك لو قعد أحدهما داخل المسجد والآخر خارجه والباب بينهما مفتوح بحيث يراه ، وإن توارى عنه بحائط المسجد والآخر خارجه فقد فارقه ، وكذلك لو كان بينهما باب مغلق إلا إن أدخله وأغلق عليه وقعد على الباب (قوله قال) أى صاحب مجموع النوازل كما عزاه إليه فى البحر عن الظهيرية (قوله لم يحنث) الظاهر أن وجهه أنه يراد باليوم عرفا مايشمل الليل، وتقدم أنه لو قال يوم أكلم فلانا فكذا فهو على الجديدين لقرانه بفعل لايمتد فعم وكذلك هنا لأن الإعطاء لايمتد فافهم .

مطلب لايقبض دينه درهما دون درهم

(قوله لا يقبض دينه درهما دون درهم) أى لايقبضه حالة كون درهم منه مخالفا لدرهم آخر فى كونه غير مقبوض أى لايقبضه متفرقا بل جملة فالمجموع فى تأويل حال مشتقة فهو مثل بعته يدا بيد أى متقابضين كذا ظهر لى (قوله لايحنث حتى يقبض كله متفرقا) أى لايحنث بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فإذا قبضه حنث فتح (قوله وهو قبض الكل الخ) لأنه أضاف القبض المتفرق إلى كل الدين حيث قال دينى وهو اسم لكله فتح ، فلو قال : من دينى يحنث بقبض البعض ، لأن شرط الحنث هنا قبض البعض من الدين متفرقا

بوزنين لأنه لايعد تفريقا عرفا مادام فى عمل الوزن (لايأخذ ماله على فلان إلا جملة أو إلا جمعا فترك منه درهما ثم أخذ الباقى كيف شاء لايحنث) ظهيرية وهو الحيلة فى عدم حنثه فى المسألة الأولى (كما لايحنث من قال إن كان لى إلا مائة أو غير أو سوى) مائة (فكذا بملكها) أى المائة (أو بعضها) لأن غرضه نفى الزيادة على المائة وحنث بالزيادة لو مما فيه الزكاة وإلا لا ،

وأشار إلى أنه لو قيد باليوم فقبض البعض فيه متفرقا أو لم يقبض شيئا لم يحنث لأن الشرط أخذ الكل فى اليوم متفرقا ، ولم يوجد وتمامه فى البحر (قوله بوزنين) أو أكثر لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة فيصير هذا المقدار مستثنى ، ولأن هذا القدر من التفريق لا يسمى تفريقا عادة والعادة هى المعتبرة زيلعى (قوله فترك منه درهما) أى لم يأخذ منه أصلا (قوله كيف شاء) أى جملة أو متفرقا .

مطلب حلف لايأخذ ماله على فلان إلا جملة

(قوله لايحنث) كذا ذكر فى البحر عن الظهيرية هذه المسألة غير معللة ، والظاهر أنها بمعنى المسألة المارة ، لأن درهما دون درهم بمعنى متفرقا كما مر وقوله هنا إلا جملة هو معنى لايقبضه متفرقا لكن الأولى فى الإثبات ، وهذه فى النفى والمعنى واحد .

مطلب إن أنفقت هذا المال إلا على أهلك فكذا فأنفق بعضه لايحنث

ورأيت فى طلاق الذخيرة فى ترجمة المسائل التى ينظر فيها إلى شرط البر : وهب لرجل مالا فقال الواهب امرأتى طالق ثلاثا إن أنفقت هذا المال الذى وهبتك إلا على أهلك ثم إنه أنفق بعضه على أهله وقضى بالباقى دينا أو حج أو تزوج لاتطلق امرأة الحالف ذكره خواهر زاده فى شرح الحيل ، وعلله بأن شرط بره إنفاق جميع الهبة على أهله فيكون شرط حنثه ضد ذلك ، وهو إنفاق جميعها على غيرهم ولم يوجد ، وهو نظير مالو حلف لايأخذ ماله على فلان إلا جميعا وأخذ البعض دون البعض لايحنث ، لأن شرط بره أخذ جميع الدين جملة فيكون شرط حنثه ضد ذلك ، وهو أخذ جميع الدين متفرقا ولم يوجد ذلك كذا هنا اهـ .

وحاصله أنه لايحنث بمجرد قبض البعض جملة أو متفرقا مالم يقبض الباقى كما مر ، فإذا ترك البعض بأن لم يقبضه أصلا بإبراء أو بدونه لم يحنث لعدم شرطه وهو قبض كله غير جملة أى متفرقا . ولما كانت هذه المسألة فى معنى الأولى كما ذكرنا قال الشارح : وهو الحيلة فى عدم حنثه فى الأولى ، وبقى هنا شىء وهو مالم يأخذ من دينه شيئا أصلا أو لم ينفق فى مسألة الهبة شيئا بأن ضاعت الهبة مثلا والظاهر أنه لايحنث ، لأن المعنى إن أخذت دينى لا آخذه إلا جملة أو إن أنفقتها لاتنفقها إلا على أهلك ، ونظيره لا أبيع هذا الثوب إلا بعشرة أولا تخرجى إلا بإذنى فلم يبعه أو لم تخرج أصلا فلا شك فى عدم الحنث فكذا هنا .

مطلب حلف لايشكوه إلا من حاكم السياسة ولم يشكه أصلا لم يحنث

ومنه يعلم جواب ما لو حلف لايشكوه إلا من حاكم السياسة وترك شكايته أصلا لايحنث هذا ما ظهر لى فاغتنمه (قوله بملكها) متعلق بقوله لايحنث (قوله لأن غرضه نفى الزيادة على المائة) أى أن ذلك هوا المقصود عرفا والخمسون مثلا ليس زائدا على المائة ، وهذا بخلاف مالو قال : لى على زيد مائة وقال زيد خمسون فقال : إن كان لى عليه إلا مائة فهذا لنفى النقصان لأن قصده بيمينه الرد على المنكر اهـ فتح (قوله لو مما فيه الزكاة) أى لو كانت الزيادة من جنس ماتجب فيه الزكاة كالنقدين والسائمة وعرض التجارة وإن قلت الزيادة ، ولو كانت

حتى لو قال (امرأته كذا إن كان له مال وله عروض) وضياع (ودور لغير التجارة لم يحنث) خزانة أكمل .

(حلف لايفعل كذا تركه على الأبد) لأن الفعل يقتضى مصدرا منكرا والنكرة فى النفى تعم (فلو فعل) المحلوف عليه (مرة) حنث و (انحلت يمينه) وما فى شرح المجمع من عدمه سهو (فلو فعله مرة أخرى لايحنث) إلا فى كلما (ولو قيدها بوقت) كوالله لا أفعل اليوم (فمضى) اليوم قبل (الفعل برّ) لوجد ترك الفعل فى اليوم كله (وكذا إن هلك الحالف والمحلوف عليه) بر لتحقق العدم ولو جن الحالف فى يومه حنث عندنا ، خلافا لأحمد فتح (ولو حلف ليفعلنه برّ بمرة) لأن النكرة فى الإثبات تخص

من غيره كالرقيق والدور لم يحنث ، وهذا لأن المستثنى منه عرفا المال لا الدراهم ، ومطلق المال ينصرف إلى الزكوى كما لو قال : والله ليس لى مال أو قال : مالى فى المساكين صدقة ، وهذا بخلاف مالو أوصى بثلث ماله أو استأمن الحربى على ماله حيث يعم جميع الأموال لأن الوصية خلافه كالميراث ومقصود الحربى الغنية له بماله وتمامه فى شرح التلخيص (قوله حتى لو قال الخ) تفريع على مافهم من كلامه من أن المال إذا أطلق ينصرف إلى الزكوى كما قررناه فافهم .

مطلب حلف لايفعل كذا تركه على الأبد

(قوله تركه على الأبد الخ) ففى أى وقت فعله حنث وإن نوى يوما أو يومين أو ثلاثة أو بلدا أو منزلا أو ما أشبهه لم يدين أصلا لأنه نوى تخصيص ماليس بملفوظ كما فى الذخيرة (قوله لأن الفعل يقتضى مصدرا منكرا الخ) فإذا قال : لا أكلم زيدا فهو بمعنى لا أكلمه كلاما ، وهذا أحد تعليلين ذكرهما فى غاية البيان ثانيهما : أنه نفى فعل ذلك الشىء مطلقا ولم يقيده بشىء دون شىء فيعم الامتناع عنه ضرورة عموم النفى وعليه اقتصر فى البحر وهو أظهر ، وأحسن منهما مانقلناه عن الذخيرة لما يرد على الأول أن عموم ذلك المصدر فى الأفراد لافى الأزمان ، وأيضا فقد قال ح : إن هذا ينافى مامر فى باب اليمين فى الأكل أى من أن الثابت فى ضمن الفعل ضرورى لايظهر فى غير تحقيق الفعل بخلاف الصريح ، ومن أن الفعل لا عموم له كما فى المحيط عن سيبويه (قوله وما فى شرح المجمع) أى لابن ملك من عدمه أى عدم انحلال اليمين فهو سهو كما فى البحر ، بل تنحل فإذا حنث مرة بفعله لم يحنث بفعله ثانيا وللعلامة قاسم رسالة رد فيها على العلامة الكافيجى حيث اغتر بما فى شرح المجمع ، ونقل فيها إجماع الأئمة الأربعة على عدم تكرار الحنث (قوله لايحنث) لأنه بعد الحنث لايتصور البر وتصور البر شرط بقاء اليمين فلم تبق اليمين ، فلا حنث رسالة العلامة قاسم عن شرح مختصر الكرخى (قوله إلا فى كلما) لاستلزامها تكرر الفعل ، فإذا قال : كلما فعلت كذا يحنث بكل مرة (قوله وكذا الخ) هذا إذا لم يمض الوقت (قوله والمحلوف عليه) الواو بمعنى أو (قوله لتحقق العدم) أى عدم الفعل فى اليوم ط (قوله ولو جن الحالف الخ) محل هذا فى الإثبات كما فى الفتح .

وصورته : قال لآكلن الرغيف فى هذا اليوم فجن فيه ولم يأكل ، أما فى صورة النفى إذا جن ولم يأكل فلا شك فى عدم الحنث ط ، وقدم المصنف أول الأيمان أنه يحنث لو فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون .

مطلب حلف ليفعلنه بر بمرة

(قوله لأن النكرة فى الإثبات تخص) أراد بالنكرة المصدر الذى تضمنه الفعل وهذا مبنى على التعليل السابق وقد علمت مافيه . وفى الفتح لأن الملتزم فعل واحد غير عين إذا المقام للإثبات فيبر بأى فعل ، سواء كان مكرها فيه

والواحد هو المتيقن ، ولو قيدها بوقت فمضى قبل الفعل حنث إن بقى الإمكان وإلا بأن وقع اليأس بموته أو بفوت المحل بطلت يمينه كما مر فى مسألة الكوز زيلعى .

(حلفه وال ليعلمنه بكل داعر) بمهملتين أى مفسد (دخل البلدة تقيد) حلفه (بقيام ولايته) بيان لكون اليمين المطلقة تصير مقيدة بدلالة الحال وينبغى تقييد يمينه بفور علمه وإذا سقطت لاتعود ، ولو ترقى بلا عزل إلى

أو ناسيا أصيلا أو وكيلا عن غيره ، وإذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل ، وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه أن يوصى بالكفارة أو بفوت محل الفعل كما لو حلف ليضربن زيدا أو ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد أو أكل الرغيف قبل أكله وهذا إذا كانت اليمين مطلقة اهـ (قوله ولو قيدها بوقت) مثل ليأكلنه فى هذا اليوم فتح (قوله بأن وقع اليأس) أى قبل مضى الوقت (قوله أو بفوت المحل) هـذا عندهما خلافا لأبى يوسف فتح .

مطلب حلفه وال ليعلمنه بكل داعر

(قوله تقيد حلفه بقيام ولايته) هذا التخصيص بالزمان ثبت بدلالة الحال وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره ، لأنه إذا زجر داعرا انزجر آخر ، وهذا لايتحقق إلا فى حال ولايته لأنها حال قدرته على ذلك فلايفيد فائدته بعد زوال سلطنته ، والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل فتح (قوله وينبغى تقييد يمينه بفور علمه) هذا بحث لابن همام فإنه قال وفى شرح الكنز ثم إن الحالف لو علم بالداعر ولم يعلم به لم يحنث إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل لأنه لايحنث فى اليمين المطلقة إلا باليأس إلا إذا كانت مؤقتة فيحنث بمضى الوقت مع الإمكان اهـ ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا إلى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره ، والداعى يوجب التقييد بالفور أى فور علمه به اهـ وأقره فى البحر والنهر والمنح واعترض بأنه خلاف ظاهر الرواية ، ففى العناية وليس يلزمه الإعلام حال دخوله ، وإنما يلزمه أن لايؤخر الإعلام إلى ما بعد موت الوالى أو عزله على ظاهر الرواية اهـ .

قلت : قوله على ظاهر الرواية : راجع إلى قوله : أو عزله أى بناء على ظاهر الرواية من أن العزل كالموت فى زوال الولاية خلافا لما عن أبى يوسف كما يعلم مما نقلناه سابقا على الفتح ، ولا شك أن التقييد بالفور عند قيام القرينة حكم ثابت فى المذهب .

فصار حاصل بحث ابن الهمام : أن الوالى إذا كان مراده دفع الفساد فى البلد ، وحلف رجلا بأن يعلمه بكل مفسد دخل البلد ، فليس مراده أن يخبره بعد إفساده سنين فى البلد بل مراده إخباره به قبل إظهاره الفساد فهذا قرينة واضحة على أن هذه اليمين يمين الفور الثابت حكمها فى المذهب ، فما فى شرح الكنز والعناية مبنى على عدم قيام قرينة الفور ، وما بحثه ابن الهمام مبنى على قيامها فحيث قامت القرينة على الفور حكم بها بنص المذهب وإلا فلا فلم يكن بحثه مخالفا للمنقول بل هو معقول مقبول فلذا أقره عليه الفحول فافهم (قوله وإذا سقطت لاتعود) أى إذا سقطت بالعزل كما هو ظاهر الرواية كما مر لاتعود بعوده إلى الولاية (قوله ولو ترقى بلا عزل الخ) هذا لم يذكره فى الفتح ، بل ذكره فى البحر بحثا بقوله : ولم أر حكم ما إذا عزل من وظيفته ، وتولى وظيفة أخرى أعلى منها ، وينبغى أن لاتبطل اليمين لأنه صار متمسكا من إزالة الفساد أكثر من الحالة الأولى اهـ .

قلت : الظاهر أن محل هذا ما إذا لم يكن فاصل بين عزله وتوليته ، بل المراد ترقيه فى الولاية ، وانتقاله عن الأولى إلى أعلى منها ولذا عبر الشارح بقوله : ولو ترقى بلا عزل أما لو عزل ثم تولى بعد مثلا فقد تحقق سقوط

منصب أعلى فاليمين باقية لزيادة تمكنه فتح ومن هذا الجنس مسائل منها ماذكره بقوله (كما لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل بأمر المكفول عنه أن لايخرج من البلد إلا بإذنه تقيد بالخروج حال قيام الدين والكفالة) لأن الإذن إنما يصح ممن له ولاية المنع وولاية المنع حال قيامه (و) منها (لو حلف لاتخرج امرأته إلا بإذنه تقيد بحال قيام الزوجية) بخلاف لاتخرج امرأته من الدار لعدم دلالة التقييد زيلعى (حلف ليهبن فلانا فوهبه له فلم يقبل بر) وكذا كل عقد تبرع كعارية ووصية وإقرار (بخلاف البيع) ونحوه حيث لايبر بلاقبول وكذا فى طرف النفى؛ والأصل

اليمين والساقط لايعود (قوله ومن هذا الجنس) أى جنس ماتقيد بالمعنى وإن كان مطلقا فى اللفظ (قوله أو الكفيل بأمر المكفول عنه) كذا وقع فى البحر، ولم يذكر فى الفتح والنهر لفظ الأمر، ولذا قيل إنه لافائدة للتقييد به أقول أى لأن رب الدين له ولاية المطالبة على الكفيل سواء كان كفيلا بأمر المكفول عنه أولا لكن هذا بناء على أن الكفيل منصوب عطفا على غريمه ولفظ أمر مضاف إلى المكفول عنه، وليس كذلك بل الكفيل مرفوع عطفا على رب الدين ولفظ أمر بالتنوين، والمكفول عنه منصوب عطف على غريمه مفعول حلف ويوضحه قول كافى النسفى أو الكفيل بالأمر المكفول عنه وعليه فالتقييد بالأمر له فائدة ظاهرة، لأن الكفيل بالأمر له الرجوع على المكفول عنه فيصير بمنزلة رب الدين فلذا كان لتحليفه المكفول فائدة ويتقيد تحليفه بمدة قيام الدين بمنزلة رب الدين فافهم وفى الخانية الكفيل بالنفس إذا حلف الأصيل لايخرج من البلدة إلا بإذنه فقضى الأصيل دين الطالب ثم خرج بعد ذلك لايحنث (قوله وولاية المنع حال قيامه) أى قيام الدين ومفاده أن ذلك فيما إذا لم يكن الدين مؤجلا إذ ليس له منعه من الخروج ولامطالبته قبل حلول الأجل، وفيما إذا أدى الكفيل لرب المال إذ ليس له مطالبة المكفول عنه قبل الأداء نعم له ملازمته أو حبسه إذا لوزم الكفيل أو حبس فليتأمل (قوله لعدم دلالة التقييد) لأنه لم يذكر الإذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية فى الاذن، وعلى هذا لو قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها بغير إذنك فطالق، فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا، ثم تزوج بغير إذنها طلقت لأنه لم تتقيد يمينه ببقاء النكاح لأنها إنما تتقيد به لوكانت المرأة تستفيد ولاية الإذن والمنع بعقد النكاح اه فتح أى بخلاف الزوج فإنه يستفيد ولاية الإذن بالعقد وكذا رب الدين، كما فى الذخيرة وما قيل من أن الإضافة فى قوله: امرأتى تدل على التقييد لأنها بعد العدة لم تبق امرأته مدفوع بأن الإضافة لا للتقييد، بل للتعريف كما قالوا فى قوله إن قبلت امرأتى فلانة فعبدى حر فقبلها بعد البينونة يحنث فافهم، وانظر ماقدمناه فى التعليق من كتاب الطلاق.

مطلب حلف ليهبن له فوهب له فلم يقبل بخلاف البيع ونحوه

(قوله ونحوه) كالإجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بحر (قوله وكذا فى طرف النفى) فإذا قال: لاأهب حنث بالإيجاب فقط بخلاف لا أبيع (قوله والأصل الخ) الفرق أن الهبة عقد تبرع، فيتم بالمتبرع أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين، وعند زفر الهبة كالبيع، واتفقوا على أنه لو قال بعتك هذا الثوب أوأجرتك هذه الدار، فلم تقبل وقال بل قبلت فالقول له، لأن الإقرار بالبيع تضمن الإقرار بالإيجاب والقبول وعلى الخلاف القرض، وعن أبى يوسف أن القبول فيه شرط لأنه فى حكم المعاوضة ونقل فيه عن أبى حنيفة روايتان والابراء يشبه البيع لافادته الملك باللفظ والهبة لأنه تمليك بلا عوض وقال الحلوانى: إنهما كالهبة وقيل الأشبه أن يلحق الابراء بالهبة والقرض بالبيع والاستقراض كالهبة بلا خلاف اه ملخصا من الفتح والبحر وانظر ماقدمناه فى باب اليمين بالبيع والشراء.

[فرع] فى الفتح لو قال لعبد إن وهبك فلان منى فأنت حر فوهبه منه إن كان العبد فى يد الواهب لايعتق سلمه له أولا وإن كان وديعة فى يد الموهوب له إن بدأ الواهب فقال وهبتكه لايعتق قبل أولا، وإن بدأ الآخر فقال

أن عقود التبرعات بإزاء الإيجاب فقط والمعاوضات بإزاء الإيجاب والقبول معا (وحضرة الموهوب له شرط فى الحنث) فلو وهب الحالف لغائب لم يحنث اتفاقا ابن ملك فليحفظ (لايحنث فى حلفه لايشم ريحانا بشم ورد وياسمين) والمعول عليه العرف فتح (و) يمين (الشم تقع على) الشم (المقصود فلا يحنث لو حلف لايشم طيبا فوجد ريحه وإن دخلت الرائحة إلى دماغه) فتح (ويحنث فى حلفه لايشترى بنفسجا أو وردا بشراء ورقهما لادهنهما) للعرف (حلف لايتزوج فزوجه فضولى فأجاز بالقول حنث وبالفعل) ومنه الكتابة خلافا لابن سماعة (لا) يحنث به يفتى خانية (ولو زوجه فضولى ثم حلف لايتزوج لايحنث بالقول أيضا) اتفاقا لاستنادها لوقت العقد (كل امرأة تدخل فى نكاحى) أو تصير حلالا لى (فكذا فأجاز نكاح فضولى بالفعل لايحنث) بخلاف

هبه منى فقال وهبته منك عتق (قوله شرط فى الحنث) هذا فيما لوكان الحلف على النفى فلو على الإثبات فهو شرط فى البر فكان المناسب إسقاط قوله فى الحنث فافهم .

مطلب حلف لايشم ريحانا

(قوله لايشم) بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم فى الماضى وجاء فى لغة فتح الميم في الماضى وضمها فى المضارع نهر والمشهورة الفصيحة الأولى كما فى الفتح (قوله وياسمين) بكسر السين وبعضهم بفتحها وهوغير منصرف وبعض العرب يعربه إعراب جمع المذكر السالم على غير قياس مصباح (قوله والمعول عليه العرف) ذكر ذلك فى الفتح بعد حكاية الخلاف فى تفسير الريحان وهو أنه ماطاب ريحه من النبات أوما ساقه رائحة طيبة كالورد أو مالا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وغير ذلك (قوله فوجد ريحه) أى من غير قصد شمه (قوله للعرف) فما فى الهداية من حنثه بالدهن لاالورق وما قاله الكرخى من حنثه بهما مبنى على اختلاف العرف وعرفنا ماذكره المصنف فتح ملخصا .

مطلب حلف لايتزوج فزوجه فضولى

(قوله فأجاز بالقول) كرضيت وقبلت نهر وفى حاوى الزهدى لو هنأه الناس بنكاح الفضولى فسكت فهو إجازة (قوله حنث) هذا هو المختار كما فى التبيين وعليه أكثر المشايخ والفتوى عليه كما فى الخانية وبه اندفع مافى جامع الفصولين من أن الأصح عدمه بحر (قوله وبالفعل) كبعث المهر أو بعضه بشرط أن يصل إليها وقيل الوصول ليس بشرط نهر وكتقبيلها بشهوة وجماعها لكن يكره تحريما لقرب نفوذ العقد من الحرم بحر . قلت : فلو بعث المهر أولا لم يكره التقبيل والجماع لحصول الإجازة قبله (قوله ومنه الكتابة) أى من الفعل مالو أجاز بالكتابة لما فى الجامع حلف لايكلم فلانا أولا يقول له شيئا فكتب إليه كتابا لايحنث ، وذكر ابن سماعة أنه يحنث نهر (قوله به يفتى) مقابله مافى جامع الفصولين من أنه لايحنث بالقول كما مر فكان المناسب ذكره قبل قوله وبالفعل أفاده ط (قوله لاستنادها) أى الإجازة لوقت العقد وفيه لايحنث بمباشرته ففى الاجازة أولى بحر .

مطلب قال كل امرأة تدخل فى نكاحى فكذا

(قوله لايحنث) هذا أحد قولين قاله الفقيه أبو جعفر ونجم الدين النسفى والثانى أنه يحنث وبه قال شمس الأئمة والإمام البزدوى والسيد أبو القاسم وعليه مشى الشارح قبيل فصل المشيئة ، لكن رجح المصنف فى فتاواه الأول ووجهه أن دخولها فى نكاحه لا يكون إلا بالتزويج ، فيكون ذكر الحكم ذكر سببه المختص به فيصير فى التقدير كأنه قال إن تزوجتها وبتزويج الفضولى ، لايصير متزوجا ، كما فى فتاوى العلامة قاسم .

كل عبد يدخل فى ملكى فهو حر فأجازه بالفعل حنث اتفاقا لكثرة أسباب الملك عمادية. وفيها : حلف لا يطلق فأجاز طلاق فضولى قولا أو فعلا فهو كالنكاح غير أن سوق المهر ليس بإجازة لوجوبه قبل الطلاق. قال لامرأة الغير : إن دخلت دار فلان فأنت طالق فأجاز الزوج فدخلت طلقت (ومثله) فى عدم حنثه بإجازته فعلا مايكتبه الموثقون فى التعاليق من نحو قوله (إن تزوجت امرأة بنفسى أو بوكيلى أو بفضولى) أو دخلت فى نكاحى بوجه ماتكن زوجته طالقا لأن قوله أو بفضولى إلى آخره عطف على قوله بنفسى وعامله تزوجت وهو خاص بالقول وإنما ينسد باب الفضولى لو زاد أو أجزت نكاح فضولى ولو بالفعل فلا مخلص له إلا إذا كان المعلق طلاق المزوجة فيرفع الأمر إلى شافعى ليفسخ اليمين المضافة وقدمنا فى التعاليق أن الإفتاء كاف فى ذلك بحر (حلف لايدخل دار

قلت : قد يقال إن له سببين التزوج بنفسه والتزويج بلفظ الفضولى ، والثانى غير الأول بدليل أنه لايحنث به فى حلفه لايتزوج تأمل (قوله لكثرة أسباب الملك) فإنه يكون بالبيع والإرث والهبة والوصية وغيرها بخلاف النكاح كما علمت فلا فرق بين ذكره وعدمه (قوله أو فعلا) كإخراج متاعها من بيته ط (قوله لوجوبه قبل الطلاق) فلا يحال به إلى الطلاق بخلاف النكاح ، لأن المهر من خصائصه منح عن العمادية (قوله قال) أى فضولى (قوله فأجاز الزوج) أى أجاز تعليق الفضولى (قوله ومثله) أى مثل مافى المتن (قوله مايكتبه الموثوقون) أى الذين يكتبون الوثائق أى الصكوك (قوله إلى آخره) المناسب حذفه لأن قوله أو دخلت فى نكاحى معطوف على تزوجت لاعلى بنفسى ، فلا يصح تعليله بأن عامله تزوجت بل العلة فيه أنه ليس له إلا سبب واحد : وهو التزوج كما مر وهو لايكون إلا بالقول أفاده ط (قوله وهو خاص بالقول) فقوله أو بفضولى ينصرف إلى الإجازة بالقول فقط بحر (قوله فلا مخلص له الخ) كذا فى البحر وتبعه فى النهر والمنح وفى فتاوى العلامة قاسم وجامع الفصولين أنه اختلف فيه قيل لاوجه لجوازه لأنه شدد على نفسه وقال الفقيه أبو جعفر وصاحب الفصول حيلته أن يزوجه فضولى بلا أمرهما فيجيزه هو فيحنث قبل إجازة المرأة لا إلى جزاء لعدم الملك ثم تجيزه هى فإجازتها لاتعمل فيجددان العقد ، فيجوز إذ اليمين انعقدت على تزوج واحد ، وهذه الحيلة إنما يحتاج إليها إذا قال أو يزوجها غيرى لأجلى وأجيزه أما إذا لم يقل وأجيزه ، قال النسفى يزوج الفضولى لأجله فتطلق ثلاثا إذ الشرط تزويج الغير له مطلقا ولكنها لاتحرم عليه لطلاقها قبل الدخول فى ملك الزوج قال صاحب جامع الفصولين فيه تسامح لأن وقوع الطلاق قبل الملك محال اهـ .

قلت : إنما سماه تسامحا لظهور المراد وهو انحلال اليمين لا إلى جزاء ، لأن الشرط تزويج الغير له وذلك يوجد من غير توقف على إجازته بخلاف قوله أتزوجها فإنه لايوجد إلا بعقده بنفسه أو عقد غيره له وإجازته (قوله إلا إذا كان المعلق طلاق المزوجة) فى بعض النسخ المتزوجة أى التى حلف ألا يتزوجها بنفسه أو بفضولى احتراز عما لو كان المعلق طلاق زوجته الأصلية بأن قال إن تزوجت عليك بنفسى أو بفضولى فأنت طالق فإن حكم الشافعى بفسخ اليمين المضافة يؤكد الحنث لاينافيه (قوله إن الإفتاء كاف) أى إفتاء الشافعى للحالف ببطلان هذه اليمين وهو رواية عن محمد أفتى بها أئمة خوارزم لكنها ضعيفة . نعم لو قال : كل امرأة أتزوجها فهى كذا فتزوج امرأة وحكم القاضى بفسخ اليمين ثم تزوج أخرى يحتاج إلى الفسخ ثانيا عندهما وقال محمد لايحتاج وبه يفتى كما فى الظهيرية فمن قال إن بطلان اليمين هو قول محمد المفتى به كما فى الظهيرية فقد اشتبه عليه حكم بآخر كما قدمنا بيانه فى باب التعليق فافهم (قوله بحر) الأولى أن يقول نهر لأن جميع ماقدمه مذكور فيه أما فى البحر فإنه لم يذكر قوله أنه مما يكتبه الموثقون ولا قوله أو دخلت فى نكاحى بوجه ما ولا قوله وقدمنا فى التعاليق

فلان انتظم المملوكة والمستأجرة والمستعارة) لأن المراد بها المسكن عرفا ولابد أن تكون سكناه لابطريق التبعية فلو حلف لايدخل دار فلانة فدخل دارها وزوجها ساكن بها لم يحنث لأن الدار إنما تنسب إلى الساكن وهو الزوج نهر عن الواقعات (لايحنث فى حلفه أنه لامال له وله دين على مفلس) بتشديد اللام أى محكوم بإفلاسه (أو) على (ملىء) غنى لأن الدين ليس بمال بل وصف فى الذمة لايتصور قبضه حقيقة .

[فروع] قال لغيره : والله لتفعلن كذا فهو حالف ، فإن لم يفعله المخاطب حنث

(قوله لأن المراد بها المسكن عرفا) يعنى أن المراد مايشمل المسكن ، فيصدق على المملوكة غير المسكونة وفيه تفصيل وخلاف ذكرناه فى باب اليمين بالدخول (قوله ولابد أن تكون سكناه لابطريق التبعية الخ) مخالف لما قدمه فى الباب المذكور من قوله : ولو تبعا وهو مافى الخانية لو حلف لايدخل دار بنته أو أمه ، وهى تسكن فى بيت زوجها ، فدخل الحالف حنث وقد ذكر فى الخانية أيضا مسألة الواقعات وقال إن لم ينو تلك الدار لايحنث لأن السكنى تضاف إلى الزوج لا إلى المرأة ويمكن الجواب بأن الدار فى مسألة الخانية المارة لما لم تكن للمرأة انعقدت يمينه على دار السكنى بالتبعية فحنث أما فى مسألة الواقعات المذكورة هنا فالدار فيها ملك المرأة فانصرفت اليمين إلى ماينسب إليها أصالة فلما سكنها زوجها نسبت إليه وانقطعت نسبتها إليها فلم يحنث الحالف بدخولها مالم ينوها أفاد بعضه السيد أبو السعود ، لكن قدمنا فى باب الدخول عن التتارخانية مايفيد اختلاف الرواية ولكن ماذكر من الجواب توفيق حسن رافع للخلاف بقيد عدم النية المذكور أخذا مما مر عن الخانية فافهم .

مطلب حلف لامال له

(قوله بل بتشديد اللام) كذا فى البحر عن مسكين والظاهر أن التشديد غير لازم لأنه يقال مفلس وجمعه مفاليس كما فى المصباح وهذا أعم من المحكوم بإفلاسه وغيره كما لايخفى .

مطلب الديون تقضى بأمثالها

(قوله بل وصف للذمة الخ) ولهذا قيل إن الديون تقضى بأمثالها على معنى أن المقبوض مضمون على القابض لأن قبضه بنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المدين مثله ، فالتقى الدينان قصاصا وتمامه فى البحر .

مطلب قال لغيره والله لتفعلن كذا فهو حالف

(قوله فإن لم يفعله المخاطب حنث) كذا أطلقه فى الخانية والفتح والنهر ، وظاهره أنه يحنث سواء أمره بالفعل أولا وهو كذلك ، لأن أمره لايحقق الفعل من المحلوف عليه ، وشرط بره هو الفعل ، وشرط حنثه عدمه ويأتى تمام بيانه قريبا .

مطلب والله لاتقم فقام لايحنث

هذا ، ورأيت فى الصيرفية : مر على رجل فأراد أن يقوم فقال والله لاتقم فقام لايلزم المار شىء لكن عليه تعظيم اسم الله تعالى اهـ وذكره فى البزازية بعبارة فارسية فهذا الفرع مخالف لما مر ، وقد يجاب بأن قوله لاتقم نهى وهو إنشاء فى الحال تحقق مضمونه عند التلفظ به ، وهو طلب الكف عن القيام فصار الحلف على هذا الطلب الإنشائى لاعلى عدم القيام فالمقصود من الحلف تأكيد ذلك الطلب فليتأمل . والظاهر أن الأمر مثل النهى فإذا قال بالله أضرب زيدا اليوم لايحنث بعدم ضربه ويظهر أيضا أنه لو قعد ثم قام لايحنث ولو لم يكن بلفظ النهى لأن المراد النهى عن القيام الذى تهيأ له المحلوف عليه فهو يمين الفور المار بيانها وهذه المسألة تقع كثيرا .

مالم ينو الاستحلاف :

قال لغيره : أقسمت عليك بالله أو لم يقل عليك لتفعلن كذا فالحالف هو المبتدئ مالم ينو الاستفهام ؛

ولو قال عليك عهد الله إن فعلت كذا فقال : نعم فالحالف المجيب :

لايدخل فلان داره فيمينه على النهى إن لم يملك منعه وإلا فعلى النهى والمنع جميعا.

مطلب قال لتفعلن كذا قال نعم

(قوله مالم ينو الاستحلاف) فإن نوى الاستحلاف فلا شيء على واحد منهما خانية وفتح أى لأن المخاطب لم يجبه بقوله نعم حتى يصير حالفا قال فى الخانية ولو قال : والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم ، فهو على خمسة أوجه :

أحدها : أن ينوى كل من المبتدئ والمجيب الحلف على نفسه فهما حالفان أما الأول فظاهر ، وأما الثانى فلأن قوله نعم يتضمن إعادة ماقبله فكأنه قال والله لأفعلن كذا فإذا لم يفعل حنثا جميعا :

الثانى : أن يريد المبتدئ الاستحلاف والمجيب اليمين على نفسه فالحالف هو المجيب فقط :

الثالث : أن لايريد المجيب اليمين بل الوعد فلا يكون أحدهما حالفا :

الرابع : أن لايكون لأحدهما نية فالحالف هو المبتدئ فقط .

الخامس : أن يريد المبتدئ الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب حالف لاغير اه ملخصا :

قلت : هذا الأخير هو عين الثانى فتأمل (قوله فالحالف هو المبتدئ) وكذا فيما لو قال أحلف أو أشهد بالله قال عليك أولا فلا يمين على المجيب فى الثلاثة وإن نويا أن يكون الحالف هو المجيب خانية :

قلت : ووجهه أنه أسند فعل القسم إلى نفسه فلا يمكن أن يكون فاعله غيره (قوله مالم ينو الاستفهام) أى بأن تكون همزة الاستفهام مقدرة فيصير المعنى هل أحلف أم لا وهذا يصلح حيلة إذا أراد أن لايحنث فافهم (قوله فالحالف المجيب) ولايمين على المبتدئ وإن نوى اليمين خانية وفتح أى لإسناده الحلف إلى المخاطب فلا يمكن أن يكون الحالف غيره :

مطلب حلف لايدخل فلان داره

(قوله لايدخل فلان داره الخ) نقله فى النهر عن منية المفتى وهذا رأيته فيها لكن بلفظ الدار معرفة ، وهذا محمول على ما إذا كان فلان ظالما لايمكن الحالف أن يمنعه كما يعلم مما ذكره الشرنبلالى فى رسالة عن الخانية والخلاصة وغيرهما ، حلف لايدع فلانا يدخل هذه الدار ، فلو الدار ملك الحالف فشرط البر منعه بالقول والفعل بقدر مايطيق ، فلو منعه بالقول دون الفعل حنث ، وإن لم تكن له فمنعه بالقول دون الفعل لايحنث بالدخول . وفى القنية عن الوبرى : حلف ليخرجن ساكن داره اليوم ، والساكن ظالم غالب يتكلف فى إخراجه فإن لم يمكنه فاليمين على التلفظ باللسان اه .

قال : وهذا يفيد أن مامر من حنث المالك بالمنع بالقول فقط مقيد بما إذا قدر على منعه بالفعل وإلا فيكفيه القول ، ويفيده قول الخانية بقدر مايطيق . هذا حاصل ماذكره فى الرسالة ، وقد لخصها السيد أبوالسعود تلخيصا مخلا ، ونقله عنه ط فى الباب السابق وأنه أفتى بناء على مافهمه فيمن حلف على أخته أن لاتتكلم بأنها لو تكلمت

آجر داره ثم حلف أنه لايتركه فيها بر بقوله اخرج :
لايدع ماله اليوم على غريمه فقدمه للقاضى وحلفه بر :

بعد مانهاها عن الكلام لايحنث لأنه لايملك منعها وقاس على ذلك أيضا أنه لوكانت اليمين على الإثبات مثل ، لتفعلن يكفى أمره بالفعل :

مطلب فى الفرق بين لايدعه يدخل و بين لايدخل

قلت : وهذا خطأ فاحش للفرق البين بين قولنا لاأدعه يفعل وبين لايفعل يوضح ذلك ماقدمناه فى التعليق عن الولوالجية رجل قال : إن أدخلت فلانا بيتى أو قال إن تركت فلانا يدخل بيتى فامرأته طالق فاليمين فى الأول على أن يدخل بأمره لأنه متى دخل بأمره فقد أدخله ، وفى الثانى على الدخول أمر الحالف أو لم يأمر علم أو لم يعلم لأنه وجد الدخول ؛ وفى الثالث على الدخول بعلم الحالف لأن شرط الحنث الترك للدخول ، فمتى علم ولم يمنع فقد ترك اه . ونقل مثله فى البحر عن المحيط وغيره ، فانظر كيف جعلوا اليمين فى الثانى على مجرد الدخول ، لأن المحلوف عليه هو دخول فلان ، فمتى تحقق دخوله تحقق شرط الحنث وإن منعه قولا أو فعلا لأن منعه لاينفى دخوله بعد تحققه . وأما عدم الحنث بالمنع قولا وفعلا أوقولا فقط على التفصيل المار فهو خاص بالحلف على أنه لايدعه أو لايتركه يدخل ، وكذا قوله لايخليه يدخل لأنه متى لم يمنعه تحقق أنه تركه أو خلاه فيحنث ، هذا هو المصرح به فى عامة كتب المذهب ، وهو ظاهر الوجه ، وقدمنا فى آخر باب اليمين فى الأكل والشرب فيما لو قال لا أفارقك حتى تقضينى حتى أنه لو فر منه لايحنث ، ولو قال لايفارقنى يحنث كما فى الخانية فقد جزم بحنثه إذا فر منه بعد حلفه لايفارقنى :

وعلى هذا فالصواب فى جواب الفتوى السابقة أن أخته إذا تكلمت يحنث سواء منعها عن الكلام أولا لتحقق شرط الحنث وهو الكلام ، ومنعه لها لايرفعه بعد تحققه كما لايخفى ، نعم لو كان الحاف على أنه لايتركها أولا يخليها تتكلم فإنه يبر بالمنع قولا فقط ، ولا يحتاج إلى المنع بالفعل لأنه لايملكه . كما قال فى الخانية : رجل حاف بطلاق امرأته أن لايدع فلانا يمر على هذه القنطرة فمنعه بالقول يكون بارا لأنه لا يملك المنع بالفعل اه : وبما قررناه ظهر أن ما نقله الشارح تبعا للمنية لايصح حمله على ظاهره لمخالفته للمشهور فى الكتب فلابد من تأويله بما قدمناه :

وقد يؤوّل بأنه أراد معنى لايدعه يدخل كما أفتى به فى الخيرية ، حيث سئل عمن حلف على صهره أنه لايرحل من هذه القرية فرحل قهرا عليه فهل يحنث ؟ أجاب : مقتضى ماأفتى به قارئ الهداية واستدل به الشيخ محمد الغزى وأفتى به أنه إن نوى لايمكنه فرحل قهرا عليه لايحنث اه أو يؤول بأنه سقط من عبارة المنية لفظ لايدعه وإلا فهو مردود ، لأن العمل على ماهو المشهور الموافق للمعقول والمنقول دون الشاذ الخفى المعلول ، فاغتنم هذا التحرير والله سبحانه أعلم .

[تنبيه] علم أيضا مما ذكرناه أنه لو كان الحالف على الإثبات مثل قوله والله لتفعلن كذا فشرط البر هو الفعل حقيقة ، ولايمكن قياسه على لايدعه يفعل ، بأن يقال هنا : يكفى أمره بالفعل فإن ذلك لم يقل به أحد . وأما مامر عن القنية فى : ليخرجن ساكن داره فذاك فى معنى لايدعه يسكن كما علم مما مر ، أما هنا فلا يكفى الأمر لأن حلفه على الفعل لاعلى الأمر به ، ومجرد الأمر به لايحققه كما لايخفى ، فإذا لم يفعل يحنث الحالف كما مر سواء أمره أولا ، وهذا ظاهر جلى أيضا ، ولكن جل من لايسهو فافهم (قوله بر بقوله اخرج) لأن عقد الإجارة منعه من الإخراج بالفعل لأن مالك الدار لايملك المنفعة مدة الإجارة ، فهو حينئذ كالأجنبى شرنبلالى (قوله وحلفه بر) لأن قوله

قيل له إن كنت فعلت كذا فامرأتك طالق فقال نعم وقد كان فعل طلقت . وفى الأشباه : القاعدة الحادية عشر السؤال معاد فى الجواب قال : امرأة زيد طالق أو عبده حر أو عليه المشى لبيت الله إن فعل كذا وقال زيد نعم كان حالفا إلى آخره :

ادعى عليه فحلف بالطلاق ماله عليه شيء فبرهن بالمال حنث به يفتى :

حلف أن فلانا ثقيل وهو عند الناس غير ثقيل وعنده ثقيل لم يحنث إلا أن ينوى ماعند الناس :

لايعمل معه فى القصارة مثلا فعمل مع شريكه حنث ومع عبده المأذون لا .

لايزرع أرض فلان فزرع أرضا بينه وبين غيره حنث لأن نصف الأرض تسمى أرضا ، بخلاف لأدخل دار فلان فدخل المشتركة إذا لم يكن ساكنا ، والله سبحانه أعلم :

لايدع ينصرف إلى مايقدر عليه وبعد تحليفه لايقدر على الأخذ ، وشرط الحنث أن يتركه مع القدرة ولذا لايحنث إذا قال لا أدع فلانا يفعل ففعل فى غيبته (قوله طلقت) لأنه صار حالفا للقاعدة المذكورة عقبه (قوله به يفتى) وهو قول أبى يوسف خلافا لمحمد ، بخلاف مالو برهن أنه أقرضه ألفا والمسألة بحالها لايحنث اه فتح أى لجواز أنه أقرضه ثم أبرأه أو استوفى منه قبل الدعوى فلم يظهر كذب المدعى عليه (قوله حنث الخ) لأن كل واحد من الشريكين يرجع بالعهدة على صاحبه ويصير الحالف عاملا مع المحلوف عليه وإن كان عقد الشركة نفسه لايوجب الحقوق . أما العبد المأذون فلا يرجع بالعهدة على المولى فلا يصير الحالف شريكا لمولاه بحر عن الظهيرية (قوله فدخل المشتركة) أى فلا يحنث . لأن نصف الدار لايسمى دارا فتح (قوله إذا لم يكن ساكنا) ترك فى الفتح هذا القيد ، وقد صرح به فى الخانية . قال ط : أما إذا كان ساكنا فهى داره لأن الدار حينئذ تعم المستأجرة وأولى المشتركة التى سكنها ، والله سبحانه أعلم .

تم الجزء الثالث ، ويليه الجزء الرابع ، وأوله :

كتاب الحدود

فهرست الجزء الثالث

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة